

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الثانية عشرة (١٩٦٢ - ١٩٦٣)
العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٤

لجنة التحرير

- ١ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان (عميد الكلية)
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه (وكيل الكلية)
- ٣ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٤ - الأستاذ الدكتور علي صادق أبو هيف
- ٥ - الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى

مَجَلَّةُ الْحَقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الثانية عشرة (١٩٦٢ - ١٩٦٣)

المددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٤

فهرس

صفحة

تصريف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع

للدكتور حسن كيرة ١

دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره

للدكتور شمس الدين الوكيل ٧٧

تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع

للمكتوب من كبره

أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١ - عرض المشكلة ، وتقسيم البحث :

لعل من أهم المشاكل التي تثور في نطاق الملكية الشائعة مشكلة انفراد أحد الشركاء بالتصرف في جزء مفرز محدد من الشيء الشائع . وقد يظن لأول وهلة أن هذه المشكلة محض مشكلة نظرية ليس لها حظ من التطبيق العملي، ولكن ما شهدته ساحات المحاكم في شأنها من أقضية يكذب هذا الظن . فإذا كان قد يبدو غريباً أن يقبل شخص التصرف اليه من شريك بمفرده في جزء مفرز من الشيء الشائع ، إلا أن من الظروف ما قد يبرر هذا القول . فقد يجهل المتصرف اليه أن المتصرف انما يملك على الشيوع . أو قد لا يجهل ذلك ، ولكنه يرتضى التصرف أملاً في وقوع الجزء للمتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف بالقسمة ، وخاصة اذا كان الشيء الشائع محل قسمة مهايأة مكانية بين الشركاء المشتاعين وانصب التصرف على الجزء المفرز المقسوم مهايأة للشريك المتصرف . وكانت قسمة المهايأة قد طالت بحيث أوشكت أن تنقلب الى قسمة نهائية بنهاية خمس عشرة سنة عن قريب . بل إن في وجود قسمة المهايأة المكانية ما قد يكون مشجعاً في ذاته على تيسير التصرف في الجزء المفرز المقسوم مهايأة للشريك ، اذ كثيراً ما يقنع المتصرف اليه بقدرة الشريك المتصرف على تمكينه فعلاً من وضع اليد والتمتع بالجزء المفرز المتصرف فيه .

ورغم أن التقنين المدني الحالي قد أفرد نصاً خاصاً لعلاج هذه المشكلة خرج فيه على الاتجاه الذي كان سائداً في ظل التقنين المدني القديم ، إلا أن هذا النص فتح أبواباً واسعة للخلاف حول حكم هذا التصرف وخاصة أثناء قيام

الشيوع وقبل إجراء القسمة . من أجل ذلك ، لم يكن غريباً أن يتردد صدى هذا الخلاف عند إعادة النظر في هذه المشكلة وفي حلها في اللجنة الحالية المشكلة لتعديل القانون المدنى الحالى . ولعل إعادة طرح هذه المشكلة على بساط البحث من جديد أمام هذه اللجنة هو الذى وجه الى كتابة هذا البحث لمحاولة تقصى مختلف أوجه هذه المشكلة بشيء من البسط والافاضة دون اكتفاء بما سبق أن أوجزته من قبل في هذا الشأن (١) .

ويقضى بحث هذه المشكلة التمييز بين حكم التصرف في الجزء المفرز قبل القسمة وبين مصيره بعد اجرائها ، فنعرض فيما يلى لكل من هذين الوجهين على التوالى .

(١) أنظر كتابنا : الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٨ ،
فقرة ١٢٢ ص ٣٣١ - ٣٤٢ .

المبحث الأول

حكم التصرف قبل القسمة

رغم أن عنايتنا الأساسية تنصرف في هذا المبحث الى بيان حكم تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع في ظل التقنين المدني الحالي ، الا أنه ينبغي التمهيد لذلك - في ايجاز - ببيان هذا الحكم في القانون الفرنسي وفي ظل تقنيننا المدني القديم المتأثر به .

٢ - حكم التصرف في القانون الفرنسي :

لا يوجد نص خاص في التقنين المدني الفرنسي بشأن تصرف الشريك تصرفاً انفرادياً في جزء مفروز من الشيء الشائع . وقد ذهب رأى (١) الى اعتبار هذا التصرف صحيحاً ولكن بوصفه تصرفاً معلقاً على شرط واقف هو وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة في نصيب الشريك المتصرف ، ولذلك لا يكون للمتصرف اليه قبل وقوع القسمة المطالبة بابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك .

ولكن الانتقاد وجه الى هذا الرأي ، على أساس أنه يخلط بين الأثر الرجعي للشرط والأثر الرجعي للقسمة ، ويعطى للأثر الأخير صفة مطلقة ليست له . ولذلك يستقر جمهور الفقه والقضاء الفرنسي اليوم على أن تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع تصرف في ملك الغير في شأن ما يوازي حصص باقي الشركاء غير الشريك المتصرف في الجزء المتصرف فيه (٢) .

(١) Wahl, note. S. 1895. 4. 25.

(٢) Aubry et Rau, Droit civil français, t. V, 6^e éd. par Esmein, No. 351, p. 43. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. X, par Hamel, No. 51, pp. 47, 48. — Beudant, Cours de droit civil français, t. XI, 2^e éd., par Brethe de la Gressaye, Nos 109, 110, pp. 76-79. — Encyclopédie Dalloz, t. V, Vente, N^o 373, p. 618.

واذا كان التصرف في الجزء المفرز يأخذ حكم التصرف في ملك الغير في هذه الحدود ، ففقتضى ذلك اعتباره قابلاً للإبطال . وقد كانت بعض المحاكم الفرنسية تذهب أول الأمر الى اعطاء باقى الشركاء حق المطالبة بإبطال التصرف الذى أبرمه شريكهم . ولكن من الواضح أن هؤلاء الشركاء ليسوا أطرافاً في التصرف حتى يحق لهم المطالبة بإبطاله ، وإنما هذا التصرف غير نافذ أصلاً في حقهم . فضلاً عن أن أحكام التصرف في ملك الغير التى يرد إليها هذا الإبطال ، تقصر طلب الإبطال على المتصرف اليه وحده . ولذلك أصبح هذا الرأى مهجوراً اليوم ، وبات مستقراً عدم أحقة باقى الشركاء في المطالبة بإبطال التصرف (١) .

واذا كانت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية توحى باعطائهم هذا الحق ، فيبدو أن المقصود بذلك هو مجرد تأكيد حقهم في طلب الاستحقاق (٢) . وحقهم في الاستحقاق غير منكور ، باعتبار أن في اقدام الشريك على التصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع تصرفاً انفرادياً دون موافقتهم اعتداء على مالهم من حقوق مماثلة لحقه على الشيء الشائع . ولذلك فإذا لم يكن لباقى الشركاء حق المطالبة بإبطال التصرف ، فلمهم في الأقل المطالبة بالاستحقاق في الجزء المفرز المتصرف فيه (٣) مطالبة فورية دون انتظار لنتيجة القسمة (٤) .

هذا فيما يتعلق بموقف الشركاء من التصرف . أما في شأن العلاقة بين المتصرف اليه والشريك المتصرف ، ففقتضى اعتبار التصرف في الجزء

Aubry et Rau, note 57, p. 43.—Beudant et De La Gressaye, N° 110, pp. (١)
80, 81. — Planiol, Ripert et Hamel, t.X, N° 51, p. 50 — Encyclopédie Dalloz, t.V,
Vente, N° 374, p. 618.

ولكن قارن :

Ionasco, La copropriété d'un bien, thèse Paris, 1930, N° 56, pp. 108, 109.

Beudant et De La Gressaye, N° 110, p. 81. (٢)

Beudant et De La Gressaye, N° 110, p. 80. (٣)

Planiol Ripert, op., t. 111, Les biens, par Picard, 2° éd. N° 289, pp. 283, 284. (٤)

المفرض تصرفاً في ملك الغير في القدر الموازي لحصص باقي الشركاء ، وقابلية التصرف للإبطال بناء على ذلك ، ثبوت حق طلب ابطاله للمتصرف اليه وحده دون المتصرف . وهو يثبت له دون انتظار لنتيجة القسمة (١) ، وسواء كان عالماً بأن المتصرف شريك على الشيوع أو غير عالم . فيكون له في الأصل اذن طلب الابطال ، ولكن في شأن ما يوازي حصص باقي الشركاء فحسب ، باعتبار أن التصرف في هذه الحصص هو وحده المعتبر تصرفاً في ملك الغير ، أما فيما يوازي حصة الشريك المتصرف فيكون التصرف صحيحاً صادراً من مالك لا يتأق ابطاله على أساس التصرف في ملك الغير .

ورغم أن هذا الأصل هو مقتضى التطبيق الدقيق لأحكام التصرف في ملك الغير ، فإن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي لا يعمل به الا حيث يكون المتصرف اليه عالماً بحقيقة الوضع من كون المتصرف مجرد شريك على الشيوع . أما اذا كان المتصرف اليه جاهلاً بحقيقة هذا الوضع ، فيكون له - خروجاً على الأصل - الحق في المطالبة بإبطال التصرف في كل الجزء المفرض المتصرف فيه وليس فحسب فيما يوازي منه حصص باقي الشركاء ، اذا أثبت أنه لم يكن ليقبل التصرف على ما يوازي حصة المتصرف وحدها (٢).

٣ - حكم التصرف في ظل التقنين المدني القديم :

أختلف الرأي في ظل التقنين المدني المصري القديم اختلافاً كبيراً حول حكم تصرف الشريك المشتاع تصرفاً انفرادياً في جزء مفرض من الشيء الشائع .

Planioi, Ripert et Hamel, t. X, N°. 51, p. 48.—Boudant et De La Gressaye, (١) t. XI, N°. 110, p. 78.

Aubry et Rau, No. 351, p. 43.—Planioi, Ripert et Hamel, No. 51, pp. 48, 49.— (٢)

Boudant et De la Gressaye, t. XI, No. 111, pp. 82, 83.—Encyclopédie Dalloz, t. V. Vente, No. 375, p. 618.

ويختلف تعليق هذا الحكم . فيرده البعض الى فكرة الفلظ ، باعتبار أن المتصرف اليه يكون حينئذ واقعاً في غلط جوهرى لولاه لما اندفع الى التماقد (Iomaco, thèse précitée, No. 56, p. 106.)

ويرده بعض آخر الى فكرة الضمان في حالة الاستحقاق الجزئى (بلانويول وريير وهامل ، بيدان ولوجريسي ، المواضع السابقة) .

ورغم أن كثيراً من الآراء المختلفة في القانون الفرنسي قد وجدت لها صدى لدى بعض الفقهاء والمحكم في مصر ، إلا أن الرأي الراجح في ظل التقنين المصري القديم كان غير الرأي السائد في القانون الفرنسي .

وقد ذهب رأى الى أن للمتصرف اليه حق طلب فسخ التصرف دون انتظار لنتيجة القسمة (١) . ويبدو أن هذا الرأي قد تأثر أساساً ببعض القضايا التي طالب فيها المشتري بالقسح على أساس عجز الشريك البائع عن تسليم الجزء المقرز المبيع (٢) . ولكن هذا الرأي لا يتعرض في الواقع للحكم على التصرف في ذاته ، وإنما يتعرض له من حيث مدى امكان تنفيذه .

وذهب رأى آخر — مشايعاً الرأي السائد في القانون الفرنسي — الى اعتبار تصرف الشريك تصرفاً في ملك الغير ، واعطاء المتصرف اليه بالتالي الحق في طلب ابطال التصرف دون انتظار حصول القسمة (٣) . ورغم أن قصر

(١) حيد السلام ذهي ، الأموال ، ١٩٢٦ ، فقرة ١٩٦ ، ص ٢٨٢ .

(٢) بني سويف الابتدائية ١١ يناير ١٩٢٣ ، المحاماة ، س ٤ ، رقم ١٨٨ ، ص ٢٥٨ في قضية باع فيها الشريك شيئاً مفروزة ، وطالبه المشتري بتسليم هذه العين فعجز ، فرفع عليه دعوى الفسخ ودفع البائع الدعوى بالايقاف حتى تقسم الألبان لمل ماباعه يقع في نصيبه بالقسمة ، فحكمت المحكمة بوجوب الفسخ . (ومذكور تحت هذا الحكم أن محكمة الاستئناف قد أبدته ، ولكن دون ذكر تاريخ حكم الاستئناف) .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يناير ١٩١٥ بلتان ، س ١٧ ، ص ٧٣ — استئناف مصر : ١٨ فبراير ١٩٣٢ ، المجموعة الرسمية ، س ٣٣ ، رقم ١٦٧ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٣٦ ، المحاماة ، س ١٨ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٥٩ . ويقرر هذا الحكم الأخير أن :

«بيع الشريك جزءاً مقرزاً من مال مشاع باطل ، لأن ذلك أقرب الى روح القانون تطبيقاً لما ورد في المادة ٢٧١ (قديم) التي تقول بأن تسليم المبيع هو وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكن وضع يده عليه أو الانتفاع به بدون مانع ولما يرجحه المشتري من الانتفاع بما اشتراه . أما القول بتطبيق هذا الانتفاع على نتيجة القسمة فيصح البيع ان وقت الحصة المبيعة في نصيب البائع ويتم له وضع اليد والا فلا ، فقوله لا يرتكز على أساس صحيح ، خصوصاً اذا لوحظ ما تعطيه دعوى القسمة من الوقت اذا طال أمد التقاضي وفي الأثناء يكون ثمن المبيع مدفوعاً من المشتري بينما هو محروم من الانتفاع بالمبيع » .

وأنظر كذلك : أحمد نجيب الحلال ، شرح القانون المدني في العقود ، ج ١ ، في البيع والحوالة والمقايضة ، ١٩٢٥ ، فقرة ٣٧٥ ، هامش ص ٢٢١ .

حق طلب الابطال على المتصرف اليه هو مقتضى التطبيق السليم لأحكام بيع ملك الغير ، الا أن بعض المحاكم من أنصار هذا الرأي أثبتت كذلك للشركاء أنفسهم الحق في طلب ابطال التصرف (١) ، رغم ما في ذلك من مخالفة للأصول القانونية السليمة. اذ الشركاء ليسوا أطرافاً في التصرف حتى يحق لهم طلب ابطاله . وتطرفت بعض المحاكم من أنصار هذا الرأي ، فذهبت الى اعتبار تصرف الشريك باطلاً بطلاناً مطلقاً على أساس ما تراه أصلاً من بطلان التصرف في ملك الغير بطلاناً مطلقاً (٢) ؛ ووضح ما في ذلك من مغالاة ومخالفة للأحكام المسلمة في بيع ملك الغير أو التصرف فيه .

ولكن الرأي الراجح كان مستقراً على اعتبار تصرف الشريك في جزء مفرز تصرفاً موقوفاً على نتيجة القسمة . بحيث يستقر نهائياً اذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، أما اذا أوقعت في نصيب شريك آخر غيره فيتأكد حينئذ صدور التصرف من غير مالك ويكون للمتصرف اليه طلب ابطاله . أما قبل القسمة وهو ما يعيننا الآن - ومصير

(١) بور سعيد الجزئية أول أكتوبر ١٩١٦ ، المجموعة الرضمية، ص ١٨ ، رقم ١٢ ص ٢٠ - منفلوط الجزئية ٢٨ أكتوبر ١٩٢٩ ، المجموعة ص ١١ ، رقم ١٠٨ ، ص ١٧٩ . ويقرر الحكم الأخير أنه «يكون لباقي الشركاء أن يطلبوا فوراً وبدون انتظار لأي قسمة الغاء البيع الصادر من الشريك» .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ مارس ١٩٣١ ، جازيت ، ٢٢ ، رقم ٩١ ، ص ٩١ .

بل وذهب هذا الحكم الى أن البطلان يلحق التصرف في كل الجزء المفرز المتصرف فيه وليس فحسب فيما يوازي حصص باقي الشركاء ، باعتبار أن في التصرف في جزء مفرز أصلاً تغييراً تحكمياً في الشيء الشائع لا يملكه الشريك المتصرف بانفراده . وذهب كذلك الى أبعد من هذا على ما سنشير اليه من بعد ، فاعتبر أن وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف بالقسمة لا يؤدي الى تصحيح التصرف .

ولكن هذا الحكم ، على أي حال ، لم يكن يطلق حكم البطلان المطلق على كل أنواع التصرفات الواردة على جزء مفرز ، وإنما كان يستثنى منه بعض التصرفات التي ليس من شأنها أحداث تغيير حال في الحق كالرهن ، بحيث يعتبر رهن الجزء المفرز من قبل الشريك موقوفاً على نتيجة القسمة . وهذه ثغرة في هذا القضاء ، حيث يفرق في الحكم دون مبرر بين التصرفات الصادرة من الشريك والواردة على جزء مفرز من الشيء الشائع .

التصرف ما يزال معلقاً - فلا سبيل الى ابطاله بدعوى صدوره من غير مالك ، لأن المتصرف لا يعتبر كذلك الا بتمام القسمة وإيقاعها الجزء المتصرف فيه في نصيب غيره . وقد أكدت محكمة النقض هذا الرأي بقولها انه « ليس ثمة ما يمنع البائع وان كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محمداً مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع الا أن ذلك كله لا يبطل البيع » (١) . ولكن يبدو أن محكمة النقض كانت تحاول تبسيط الأمور أكثر مما ينبغي ، اذ لم تكن ترى تعارضاً جوهرياً بين هذا الرأي وبين الرأي الذي يعطى للمتصرف اليه حق طلب ابطال التصرف ، بل كانت تحصر الخلاف في مسألة تحديد وقت هذا الطلب (٢) .

وعلى أى حال . فلم نكتف بحكمة النقض باعتبار التصرف معلقاً على نتيجة القسمة في العلاقة بين أطراف التصرف ، بل بسطت هذا الحكم كذلك حتى في العلاقة بين المتصرف اليه وباقي الشركاء . فأنكرت عليهم

(١) نقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية ، ص ٢٠٢ ، رقم ٢٧ ، ص ١٣٨ .

وأنظر كذلك في نفس المعنى :

نقض ٢٨ يونيو ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، ص ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ .
استئناف ٥ يناير ١٩٩٩ ، المجموعة الرسمية ، ١ ، ص ٥٤ - الاسكندرية الابتدائية ١٦ مارس ١٩٠٥ ،
المجموعة الرسمية ، ٦ ، ص ٢٢١ - البلبنة الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠ ، المحاماة ، ١ ، رقم ٦٧ ،
ص ٣٥٤ . - أجا الجزئية ٢٥ مارس ١٩٢٥ ، المحاماة ، ٥ ، رقم ٥٦٩ ، ص ٦٩٥ .
استئناف أسبوط ١٣ أكتوبر ١٩٤٧ ، المجموعة الرسمية ، ٣٩ ، رقم ٢ ، ص ٧٣ .
استئناف مخطط ٢٤ فبراير ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ .

(٢) نقض ١٦ يونيو ١٩٣٢ ، مجموعة عمر - ج ١ ، رقم ٥٧ ، ص ١٣١ ، حيث يقرر الحكم أنه « وان اختلف الفقهاء والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفرزاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلا في حصص شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فانما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقديه . فن ذهب الى اعتباره باطلاً جمل للشركى حتى ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه . ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للشركى سبيلاً على البائع الا عند خروج المبيع من حصة بائنه بالقسمة » .

الحق في رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه (١) . ولكن بعض المحاكم اعترفت لهم بهذا الحق (٢) .

٤ - التكييف الصحيح هو اعتبار التصرف صحيحاً لصدوره من مالك ، ولكنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء :

إذا كان افتقاد وجود نص في القانون الفرنسي وفي التقنين المدني المصري القديم يحكم قبل القسمة تصرف الشريك بانفراده في جزء مفرز من الشيء الشائع قد فتح الباب واسعاً للاجتهاد والاختلاف في الفقه والقضاء ، إلا أن الرأي السائد في القانون الفرنسي في هذا الشأن مختلف كما رأينا عن الرأي الراجح في ظل التقنين المصري القديم . فبينما يكاد يستقر الرأي في القانون الفرنسي على اعتبار التصرف فيما بين طرفيه قابلاً للإبطال . أثناء الشيوع وقبل إجراء

(١) اذ قضت ، في نفس الحكم المشار إليه في الهامش السابق ، بأنه وفي تقرير حكم القدر في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدني شريكاً في الملك المشاع أو متعلقاً ملكه عن شريك فيه على المشاع - فلا خلاف في أنه ليس المستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع البيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذا نكل ادعاءه من قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه علقياً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه . وواضح أن هذا الحكم يفال فيها يذكّر من أن لا خلاف على المبدأ الذي يقرره . إذ تأخذ كثير من المحاكم في الواقع بمحكمه كما هو مذکور في المتن ومشار إليه في الهامش التالي .

واستقرت محكمة النقض على هذا القضاء من بعد (أنظر : نقض ٢ مايو سنة ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ١ ج ٢ ، رقم ٥٤ ، ص ١٨٩ . - نقض ٢٨ يونيو ١٩٥٦ سالف الذكر ؛ وسرى من بعد ما في هذا الحكم من مغالاة فيما يدعيه من أن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض في ظل التقنين المدني القديم هو ما أخذ به التقنين المدني الحالي في المادة ٨٢٦ منه)

(٢) استئناف ٥ يناير ١٨٩٩ سالف الذكر - الاسكندرية الابتدائية ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ سالف الذكر - البلبنا الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠ سالف الذكر . ويقرر الحكم الأخير أن « الحالة التي نشأت من تصرف الشريك ببيع حصة معينة ... لا تنقص شيئاً من حقوق المصلحة في الحصة التي بيعت مفروزة ، بل يبق لها عليها حقوقها المشاعة كما كانت قبل البيع ، لأن المشتري لا يكتب من الحقوق أكثر مما كان للبائع الذي تلقى الحق عنه ، وكان للدعية أن تصل للنتيجة التي تطلبها في هذه الدعوى بتكليف الدعوى بصورة أخرى بأن تطلب استحقاقها لنصيبها شاعراً في القدر الذي بيع مفروزاً ، والحكم في هذه الحالة لا يتوقف على شيء آخر لأنه بقاء حالة الشيوع بين الشركاء كما كانت من قبل » .

القسمة، لصدوره من غير مالك؛ كان الرأي الراجح في ظل التقنين المدني المصري القديم يرفض هذا الرأي ويذهب الى اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة، مما يحرم المتصرف اليه قبل اجرائها من طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك. وأما في مواجهة باقي الشركاء، فبينما يعترف لهم في القانون الفرنسي بحق رفع دعوى الاستحقاق قبل القسمة لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه، أنكرت عليهم محكمة النقض المصرية هذا الحق في ظل التقنين المدني القديم، معتبرة أن رفع هذه الدعوى من قبلهم قبل القسمة يكون سابقاً لأوانه طالما أن التصرف موقوف على اجراء القسمة ونتيجتها.

والواقع أنه، لتحديد حكم هذا التصرف قبل القسمة سواء فيما بين طرفيه أو في مواجهة باقي الشركاء ولتقدير هذين الاتجاهين المتعارضين في شأنه في القانون الفرنسي وفي القانون المصري في ظل التقنين المدني القديم، ينبغى الفصل ببدء في مسألة أولية هي طبيعة حق الشريك المشتاع وعمله.

وقد أثارت هذه المسألة وما تزال مناقشات فقهية طويلة، ليس هنا مجال عرضها بالتفصيل (١)، وإنما نلم منها فحسب بالقدر الذي يعيننا في هذا المقام ويمس مساساً مباشراً المشكلة التي نتصدى لبحثها وهي حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع.

وفي شأن تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع، نسارع فنستبعد مختلف الآراء التي ذهبت الى اعتبار حق الشريك المشتاع مجرد حق شخصي (٢)،

(١) راجع في ذلك خاصة :

Josserand, Essai sur la propriété collective, Livre du centenaire du Code civil, t. 1, pp. 357 et s. — Bonnetcase, Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. IV, 1928, Nos. 162-184, pp. 309-380. — Ionasco, thèse précitée, Nos. 113-132, pp. 227-285. — Supervielle, La notion de co-propriété, conférence faite à l'occasion des "Journées de droit franco-latino-américaines", Le 14 mai 1948, à La Faculté de Droit de Paris, Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée, 71^e année, No 4, Octobre-Décembre 1948, pp. 1025-1038. — V. aussi les discussions qui ont suivies cette conférence, op. cit., pp. 1039-1051.

Josserand, article précité, pp. 370 et s. (٢)

فهي لا تستقيم مع أحكام القانون المصري الوضعي . اذ مقتضى هذه الآراء - وهي تنكر وجود حق عيني للشريك على الشيء الشائع - وجوب تحديد مالك آخر لهذا الشيء . ولا يصلح ما تذهب اليه بعضها من اسناد الملكية الى مجموع الشركاء ككل (١) ، طالما أن من المسلم في قانوننا أن الحقوق لا تثبت الا للأشخاص . وأنه لا يعترف بالشخصية لمثل هذا المجموع الذي يتألف منه الشركاء المشتاعون (٢) . وعلى أى حال : فالمشرع صريح في التقنين المدني الحالي كما سئرى في رفض اعتبار حق الشريك حقاً شخصياً وفي تأكيد اعتباره حقاً عينياً وتحويل الشريك بالتالى سلطات عينية مباشرة على الشيء الشائع لا يمكن أن تثبت لصاحب حق شخصي .

ولذلك فالسائد في القانون الفرنسي والقانون المصري على السواء هو اعتبار حق الشريك المشتاع حقاً عينياً ، وهو ما نعتمده نقطة بداية البحث في طبيعة هذا الحق . ولكن اعتبار هذا الحق حقاً عينياً ، لا يحسم المشكلة حتماً نهائياً ، اذ يبقى التساؤل عن طبيعة ونوع هذا الحق العيني .

(١) Van Biervlet, Cours de droit civil, nos. 256 et s., cité par Bonnetcase, op. cit., t. IV, nos. 170-172, pp. 335 et s.

وقارن مع ذلك أخذ بعض الفقهاء بهذا الرأي ولكن مع اعتبارهم أن لكل شريك على انفراده كذلك حقاً عينياً في نفس الوقت : Supervielle, op. cit., pp. 1034 et s.

ولكن من الواضح أن هذا البعض ، وإن لم يحدد صراحة محل هذا الحق العيني الانفرادي لكل شريك ، إلا أنه يقصده الحصاة المنوية أو الرمزية ، وهو ما ينتهي في الواقع الى انكار الصفة العينية لحق كل شريك والنود الى الآراء التي ترى فيه مجرد حق شخصي ، اذ الحق العيني لا يرد الا على شيء مادي معين بالذات وليس هذا شأن الحصاة المنوية أو الرمزية التي يقال بورد حق الشريك عليها .

(٢) أنظر كذلك في انتقاد هذه الآراء :

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٥ و ١٩٦ - عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٦٠ ، فقرة ١١٨ ، ص ١٥٥ - كتابنا : حق الملكية سالف الذكر ، ١٩٥٨ ، فقرة ١١١ ، ص ٣١١ و ٣١٢ .

ويذهب بعض الفقهاء الى اعتباره حقاً عينياً من نوع خاص غير أنواع الحقوق العينية التقليدية المعروفة (١) . ولكن هذا الرأي لا يستقيم في حكم المنطق ولا في حكم القانون . ذلك أن مضمون الحقوق العينية الأصلية محصور في سلطات ثلاث هي الاستعمال والاستغلال والتصرف . والقول بأن حق الشريك المشتاع حق عيني - ولو من نوع خاص - لا يخرج في مضمونه عن حدود هذه السلطات . والحال حينئذ لا يخرج عن أحد فرضين : اما أنه حق يجمع هذه السلطات الثلاث في يد الشريك المشتاع ، فيعتبر حينئذ حق ملكية ، وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عيني من نوع خاص . واما أنه حق لا ينحول الشريك المشتاع الا ما يعتبر اقتطاعاً من سلطات الملكية ، فحينئذ ينشأ التساؤل عن تثبيت له ملكية الشيء الشائع ، تلك الملكية التي يتفرع عنها فرضاً ويقطع منها حق الشريك المشتاع ؛ وهو تساؤل يظل دون جواب ، أو يرد عليه جواب غير معقول هو أن الشيء الشائع يبقى على غير ملك أحد طوال فترة الشيوع (٢) ، أو جواب غير مستقيم مع أحكام قانوننا الوضعي كما سبق البيان هو أن الشيء الشائع تثبت ملكيته لمجموع الشركاء ككل .

(١) Capitant, Cours de droit civil approfondi, Paris 1927-1928, p. 16, cité par Ionsco, thèse précitée No 128, p. 271; No. 130, p. 278. — Partheniu, Le Droit social sur les choses, thèse Paris, 1908, p. 135, cité par Ionsco, thèse précitée, No. 130, p. 278. — Ionsco, thèse précitée, Nos. 129 - 132.

ويرى الأستاذ «أيونا سكو» - في سبيل اسناد هذا الرأي - أن الشيوع طريقة لتملك الأشياء بكيفية مختلفة عن طريق التملك الأخرى وهي الملكية الفردية والملكية الجماعية ، وأن هذه الطريقة تختص عند وقوع القسمة لتحل محل الشيوع ملكية أو عدة ملكيات واردة على أجزاء مفرزة ، وعندئذ يعرف بالأثر رجعي من كان المالك وقت الشيوع (الرسالة السابقة - فقرة ١٣٢ ، ص ٢٨٤ و ٢٨٥) . ولكن ظاهر أن هذا التصور مبهم وغير محدد ؛ فضلاً عن أنه لا يحل مشكلة تحديد المالك في فترة الشيوع وقبل وقوع القسمة ، ولا يقبل تأخير هذا التحديد الى وقت القسمة ووفقاً لتجنبها حتى مع التسليم جدلاً بالأثر الرجعي للقسمة (أنظر كذلك في انتقاد هذا الرأي : اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٧ و ١٩٨ - عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، فقرة ١١٨ ، ص ١٥٥ و ١٥٦) .

(٢) كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١١١ ، ص ٣١٢ و ٣١٣ .

ولذلك فالسائد في الفقه هو اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية . وهذا ما انحاز إليه المشرع المصري صراحة في التقنين المدني الحالي . حيث يتعرض للشيوخ في الباب الخاص بحق الملكية وتحت عنوان «الملكية الشائعة» ، وحيث يصرح بأنه «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ...» (م ٨٢٥)

ولكن يجب التساؤل عن المحل الذي يرد عليه حق ملكية الشريك أثناء الشيوع . وواضح أنه لا يمكن القول بأن هذا الحق يرد على الحصة المعنوية أو الرمزية (١) ، لأن الحق العيني لا يرد الا على شيء مادي معين بالذات . ولا يتحدد قبل وقوع القسمة أي جزء مادي من الشيء الشائع يقابل ويساوي الحصة الرمزية للشريك حتى يقال بورود حقه عليه (٢) . وما دام لا يمكن

(١) وقد يوم نص المشرع في التقنين المدني الحالي حل أن «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ...» (م ١/٨٢٦) ، بأن محل حق الشريك هو هذه الحصة . ولكن هذا اليوم متفق ، لأن المشرع صريح كما قلنا في اعتبار حق الشريك حق ملكية أي حقاً عينياً بحيث لا يتصور واداً الا على شيء مادي معين بالذات ، وهو صريح في أن حصة كل شريك غير مفرزة عن حصة الآخر (م ٨٢٥) . وانما أراد المشرع بعبارة أن الشريك يملك حصته ملكاً تاماً بيان أن سلطاته في الأصل هي نفس سلطات المالك ملكية مفرزة ولكن مع تقييدها بما يتفق مع الصورة الشائعة لحقه التي يتهدد فيها الشركاء المالك ويتزاحون بسلطاتهم المتأثلة على نفس الشيء الشائع في جلته ، ولذلك تمضي المادة ١/٨٢٦ بعد هذه العبارة لتوضح هذا المعنى بقولها «وله أن يتصرف فيها وأن يستولى حل ثمارها وأن يستملها ، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» .

(٢) قانون مع ذلك ما ذهب اليه محكمة النقض من «أنه وإن كانت الملكية الشائعة تسرى بقدرها الى كل أجزاء المال المشاع . فإن ذلك لا يمحوا لكل حصة فيه من كيان ذاتي ، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها الى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل» . ولكن يبدو أن محكمة النقض كانت تمتص في ذلك أساساً على فكرة الأثر الرجعي للقسمة وتغالي في اعمال هذا الأثر ، إذ تمضي في نفس الحكم فتقول «ذلك أن الحصة الشائعة ، وإن لم تكن في الإيمان متميزة حالاً ، فإنها متميزة بالقسمة مآلاً ، وبموجب ما للقسمة من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر» (نقض ١٥ يناير ١٩٤٨ ، مجموعة المكتب الفني لقواعد النقض القانونية في حصة وعشرين عاماً ، ج ٢ ، ملكية ، رقم ١٠ ، ص ٩٩١) .

وأظن في انتقاد هذا الحكم من حيث مغالاته في اعمال الأثر الرجعي : اسمايل غانم ، ج ١ ، هامش (٢) ، ص ٣٠٢ و٣٠٣ .

قبل وقوع القسمة افراز نصيب مادي من الشيء الشائع يقابل ما للشريك من حصة رمزية مجردة ، فلا مناص اذن - وهناك في نفس الوقت عدة شركاء لكل منهم حصة مجردة - من اعتبار حق الشريك المشتاع وارداً طوال الشيوع على الشيء الشائع جميعه (١) . وبذلك يكون الشيء الشائع محملاً بحق ملكية ، ولكنه ليس كحق الملكية المفروزة له صاحب واحد ، وانما له أصحاب عدة (٢) . وظاهر من ذلك أن التعدد هنا لا يلحق محل الملكية ، اذ المحل واحد هو الشيء الشائع لا يتجزأ أجزاء عدة يختص كل شريك مشتاع منها بجزء ، وانما التعدد يلحق صاحب الملكية وحده اذ يوجد أكثر من مالك لنفس الشيء (٣) .

(١) وبذلك لا تنقسم ذرات الشيء الشائع بين الشركاء بنسبة حصصهم ولو انقساماً نظرياً (في هذا المعنى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العيني ، ١٩٥١ ، فقرة ١٣٥ ، ص ١٥٦ . وقارن :

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1946, No. 2744).

(٢) وهذا ما يستقر عليه جمهور الفقهاء . أنظر خاصة :

Bonnecase, op. cit., t. IV, No. 178, p. 365. — Beudant et Voirin, Cours de droit civil français t. IV, Les biens, 2^e éd., 1938, No. 361, p. 387. — Planiol, Ripert et Boulanger, ibid.

شفيق شحاته ، الموضع السابق - عبد المنعم البدر اوى ، شرح القانون المدني في الحقوق المدنية الأصلية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٠٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس الأموال ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٢١ - عبد المنعم الصدة ، ج ١ ، فقرة ١١٨ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٨ - كتيبنا مالف الذكر ، فقرة ١١١ ، ص ٣١٣ .

(٣) وليس في تعدد صاحب الحق في الملكية الشائعة غرابة ، فظاهرة تعدد صاحب الحق مع بقاء محله واحداً ظاهرة معروفة في تقانون ، وخاصة فيما يتعلق بحقوق الشخصية عند قصاصن الدائنين أو عدم قابلية الدين للانقسام مع تعدد الدائنين

(في هذا المعنى : Bonnecase; Beudant et Voirin, ibid.)

وقد اطلعنا أثناء كتيابة هذا البحث على جزء من بحث للزميل الدكتور منصور مصطفى منصور معده للنشر في مجلة «العلوم القانونية والاقتصادية» بعنوان : تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من «مخاطر غير» ، يمترض فيه على القول بتعدد أصحاب الحق في الملكية الشائعة كتعدد أصحاب الحق الشخصي ، على أساس وجود فروق بين تنظيم الحقوق الشخصية وتنظيم الشيوع ناشئة من اعتبار كل دائن من الدائنين في الحق الشخصي نائبا عن الباقيين (هامش (١) ص ٩٥) . ولكن يجب أن يراعى أن هذه النيابة ليست مطلقة وانما هي في حدود ما ينفع دون ما يضر (م ٢/٢٨٢ مدني) وأنظر كذلك : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة (١٤٣) . وكذلك الشأن في الملكية الشائعة ، فباشرة كل شريك سلطات حق الملكية مقيدة بعدم الاضرار بباقي الشركاء .

وتعدد أصحاب الحق على هذا النحو ، يتيح البصر ببعض الفروق المحتومة بين الملكية المفروزة والملكية الشائعة :

١ - الأصل أن حق الملكية - ككل حق مالى - انما يمثل قيمة مالية معينة تكون مقابلة للقيمة المالية لمحلّه . وهذا التطابق محقق وظاهر فى الملكية المفروزة حيث صاحب الحق واحد ، فتثبت له وحده كل القيمة المالية التى يمثلها الشئ محل حقه . أما فى الملكية الشائعة ، فالوضع مختلف بالضرورة أمام ظاهرة تعدد الملاك ؛ اذ لكل من الشركاء المشتاعين حصة رمزية حسابية من القيمة المالية التى يمثلها حق الملكية الشائعة ، بينما محل هذا الحق كما قلنا هو الشئ الشائع جميعه ، ولذلك تقوم الملكية الشائعة - على خلاف الملكية المفروزة - على أساس من انعدام التطابق بين هذا المحل وتلك الحصة ، اذ يكون المحل - وهو الشئ الشائع جميعه - أكبر من حث القيمة المالية من حصة الشريك . وانعدام التطابق هذا محتوم طالما الشيوع قائم ، حيث لا يمكن بعد تجزئة المحل (١) - وهو الشئ الشائع - أجزاء متعددة يقابل كل منها ويطابق على حدة قدر ما لكل شريك من حصة حسابية ، ولا يمكن تحقيق هذا التطابق الا بالقسمة النهائية للملكية التى تفرز لكل شريك نصيباً محدداً من الشئ الشائع يطابق ويساوى الحصة الحسابية . وعلى هذا النحو ، فاذا كان المحل مطابقاً للحق فى الملكية المفروزة ، فهو أوسع منه بالنسبة للشريك فى الملكية الشائعة .

٢ - الأصل فى الملكية المفروزة أن المالك وحيد متفرد ، فهارس سلطانه كلها دون مزاحمة من أحد . ولكن يتغير الوضع بداهة فى الملكية الشائعة ، حيث أصحاب الحق عدة . وحيث يرد الحق طوال الشيوع على كل الشئ الشائع فى جملة . اذ يكون من الطبيعى - ولكل شريك بوصفه واحداً من أصحاب حق الملكية نفس سلطات الملكية المعروفة وهى الاستعمال

(١) ولكن من الواضح أن استحالة تجزئة المحل أجزاء مفروزة مستقلة طوال الشيوع ، لا يمنع من تجزئة الثمر المنتحلة من استغلال الشئ الشائع بين شركاء كل بقسة حصته الرمزية الحسابية ، أو من الاتفاق على تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع بين الشركاء كل بنسبة حصته عن طريق قسمة مهيأة زمانية أو مكنية .

والاستغلال والتصرف - أن تتراحم وتتضارب مباشرتهم لهذه السلطات على نفس المحل وفي نفس الوقت . من أجل ذلك ، يتحتم في الملكية الشائعة تقييد استعمال كل شريك لسلطاته في الملكية بما للآخرين من سلطات مماثلة فيجب أن يقف في هذا الاستعمال عند الحد الذي لا يضر بباقي شركائه . ولذلك فإذا كان كل من الملكية المفروزة والملكية الشائعة حق ملكية يعطى لصاحبه أو أصحابه نفس السلطات ، إلا أن الملكية الشائعة ملكية مقيدة من حيث الاستعمال نتيجة تتراحم الشركاء المشتاعين بسلطاتهم المتماثلة على نفس الشيء ، فيتقيد حق كل منهم في استعمالها بحق الآخر في نفس الاستعمال (١) .

وإذا كانت هذه الفروق قائمة بين الملكية المفروزة والملكية الشائعة ، فهل معنى ذلك انكار توافر مقومات حق الملكية في شأن الملكية الشائعة ؟ يذهب بعض الفقهاء (٢) إلى أن الملكية الشائعة تفتقد مقومات الملكية الجوهرية نتيجة افتقارها للصفة الاستثنائية المانعة الثابتة لحق الملكية . ولكن يرد على ذلك بأن المقصود بهذه الصفة هو منع الغير من التمتع بسلطات الملكية على الشيء أو مباشرتها أو التدخل في مباشرة المالك لها ، وليس منع من يتمتع هو الآخر بنفس الوصف كمالك على نفس الشيء عند تعدد الملاك من أي من ذلك (٣) .

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 2748. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1947, p. 409.

عبد المنعم البدر أوى ، فقرة ١١٠ ، ص ١٣٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٧ مكرر ص ١٧٨ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٦٩ ، ص ١٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ فقرة ١١٨ ، ص ١٥٦ - كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١١٢ ، ص ٣١٤ .

(٢) Inasco, thèse précitée, no. 177, pp. 245, 246. — Supervielle, op. cit., p. 1031

منصور مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٤ ، ص ٩٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Solus, Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée, 1948, N° 4, p. 1041.

اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٨ .

فضلا عن أن ما يستند إليه هذا الرأى من القول باستحالة ثبوت الملكية لأكثر من مالك واحد ، اذا صح حيث يطابق حق كل مالك من حيث القيمة المالية المحل الذى يرد عليه ، فهو لا يصح فى وضع كوضع الشيوع ينعدم فيه مثل هذا التطابق بين حصة الشريك الحسابية الشيء الشائع . فالمستحيل اذن فى الواقع هو ثبوت حق كامل من حيث القيمة المالية ومطابق للقيمة المالية للمحل لأكثر من شخص واحد فى نفس الوقت على نفس الشيء ، لكن ليس ثم ما يمنع من ثبوت الحق لأكثر من صاحب طالما ليس لكل منهم الا نسبة حسابية من القيمة المالية للحق .

ويذهب بعض آخر (١) الى القول بأن وجود الملكية الشائعة ما يتنافى مع اعتبار حق الملكية حقاً جامعاً لكافة سلطات الملكية بين يدي المالك ، اذ بينما تحول الملكية المفروزة للمالك الحصول على كل منافع الشيء ، يقتصر الأمر فى الملكية الشائعة على مجرد تحويل كل شريك نسبة من هذه المنافع . ولكن هذا الفارق انما هو نتيجة طبيعية لتعدد الملاك ، ذلك التعدد الممكن والمنطقي على النحو الذى أوضحناه . طالما أنه ليس لكل منهم الا حصة حسابية محدودة من القيمة المالية للحق . وهو بعد فارق لا يمس طبيعة وذات السلطات التى يخولها حق الملكية للمالك سواء كان واحداً أو متعدداً . وانما يحد فحسب من مباشرتها بما لا ينتقص مما لباقي الشركاء من نفس السلطات الماثلة . وهذا هو ما دعا صاحب هذا الرأى رغم ذلك الى القول باعتبار الملكية الشائعة حق ملكية ولكن من نوع خاص (٢) . وهذا تسليم بأن حق الشريك المشتاع حق ملكية فى أصله وفى مضمونه من حيث نوع السلطات الموهولة له . أما وصفه بأنه ملكية من نوع خاص . فلا نرى له معنى مقبولا الا اذا أريد به أن الملكية الشائعة رغم اعتبارها كالملكية المفروزة حق ملكية ، الا أن ما تتميز به عنها من تعدد أصحابها بما يستتبعه ذلك من نتائج يفرض اختلافاً بينهما فى بعض

(١) منصور مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٤ ص ٩٧ ؛ و فقرة ١٩ ، ص ١٠٥

١٠٦ و

(٢) منصور . مصطفى منصور ، المقالة السابقة ، فقرة ١٨ ، ص ١٠٤

الأحكام . ولكن هذا الاختلاف المسلم بينهما في الأحكام لا يغير من طبيعتهما
الواحدة كحق ملكية (١) .

وعلى هذا النحو ، فحق الشريك المشتاع حق ملكية يرد طوال الشروع
على الشيء الشائع جميعه ، ولكن استعماله لسلطات الملكية يتقيد حتماً بعدم
الاضرار بباقي الشركاء لما لهم على نفس المحل — باعتبارهم أصحاب حق
الملكية معه — من سلطات مماثلة . والبصر بذلك يفتح الوقوف على التكييف
الصحيح لحق الشريك المشتاع . وتقدير الآراء المختلفة في هذا الشأن في القانون
الفرنسي وفي القانون المصري قبل نفاذ التقنين المدني الحالي .

فاعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد طوال الشروع على الشيء
الشائع جميعه ، يقتضى اعتبار تصرفه في جزء مفروز من هذا الشيء تصرفاً
صادراً من مالك ، وهو ما يجعله فيما بين أطرافه صحيحاً باتاً . فلا هو يقبل
الابطال قبل القسمة بدعوى صدوره من غير مالك كما يذهب الرأي السائد
في القانون الفرنسي . ولا هو معلق على نتيجة القسمة كما كان يذهب الرأي
الراجح في ظل التقنين المدني المصري القديم .

ولكن صحة مثل هذا التصرف فيما بين أطرافه . لا تعنى نفاذه في حق
باقي الشركاء المشتاعين . فبإشارة الشريك المشتاع سلطاته كمالك على كل الشيء
الشائع مقيدة . كما سبق البيان . بما للشركاء الآخرين على نفس المحل من نفس
السلطات المماثلة . ولذلك يبقى تصرفه في جزء مفروز من هذا المحل ،
رغم صحته في العلاقة بينه وبين المتصرف اليه . غير نافذ في حق باقي
الشركاء . فيكون لهم حق اقراره أن ارادوا (٢) . ويكون لهم — ان لم يقروه

(١) أنظر في هذا المعنى كذلك :

شفيق شحاته ، فقرة ١٣٦ ، ص ١٥٧ .

(٢) ويفيد الاقرار في الغالب حصول قسمة جزئية بتجنيب الجزء المفروز المتصرف فيه
واخراجه من الشيوع (في هذا المعنى : عبه المنعم الجداوى . فقرة ١٣٤) . ولكنها قد تنفذ
غير ذلك في بعض الأحوال ، إذا اتفق سائر الشركاء مع الشريك المتصرف على أن يوفى لهم
بأنصبتهم في ثمن الجزء المفروز المتصرف فيه مع بقائه شريكاً معهم في الأجزاء الأخرى (اسماعيل
غانم . ج ١ ، هاشم ٢٠ ص ١٦٧) .

حق رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه طالما أنهم لا يطالبون بالقسمة ، وذلك خلافاً لما كانت تذهب اليه محكمة النقض المصرية في ظل التقنين المدني القديم .

٢ - تأكيد هذا التكييف في التقنين المدني الحالي :

وقد أكد المشرع المصري في التقنين المدني الحالي هذا التكييف لتصرف الشريك بانفراده في جزء مفرز من الشيء الشائع . فاعتبره تصرفاً صادراً من مالك وصحياً فيما بين أطرافه ليس فحسب قبل القسمة بل وكذلك بعدها وأياً كانت نتيجةها . ذلك أنه كان يأخذ في المشروع التمهيدى للتقنين المدني الحالي بالمذهب الراجح في ظل التقنين المدني القديم من اعتبار مثل هذا التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة (١) . ولكنه ما لبث أن عاد فعدل عن هذا النظر (٢) الى تقرير صحة التصرف دون التمكن من ابطاله على أساس صدوره من غير مالك . بل ودون تأثر بنتيجة القسمة نفسها . فجاءت المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدني الحالي مقررة أنه «إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف

(١) كانت المادة ٢/١١٩٤ من ذلك المشروع تقضى بأنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر الا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » . وكانت المذكورة الايضاحية لهذه المادة تذكر أنه «إذا لم يقع (هذا الجزء) في نصيبه ، عد التصرف صادراً من غير مالك وأخذ حكمه ، الا في الرهن ارضي فقد وردت بشأنه أحكام خاصة لاهيته في المادة ١٤٤٦ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدف ، ج ٦ ، ٨١) .

(٢) رأت لجنة المراجعة تعديل نص المشروع التمهيدى سالف الذكر على النحو الذى ظهر في التقنين في المادة ٢/٨٢٦ . وقد ذكر في تقرير مثل هذا التعديل ، أنه قرر لتوصل إلى جعل حكم هذا النص «متفقاً مع حكم الرهن في المال الشائع من جهة ، ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٦ ، ص ٨٢) . ولكن ليس صحيحاً القول بأن هذا التعديل يتفق مع حكم بيع ملك الغير ، إذ لم يجعل التعديل للمتصرف اليه حق طلب ابطال التصرف الا إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، بينما مقتضى حكم بيع ملك الغير اعطاء المشتري طلب ابطال البيع سواء كان عالماً أو جاهلاً بأن البائع ليس مالكا للمبيع .

اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة .
وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها
مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف .

وهذا المسلك من جانب التقنين المدنى الخالى نظر صائب فى تأصيله وعمل
فى تطبيقه . اذ يأخذ هذا النص بما يقتضيه التكييف الصحيح لحق الشريك
المشتاع من اعتبار تصرفه - حتى فى جزء مفرز محدد من الشيء الشائع -
تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك لا يمكن التوصل الى ابطاله الا على أساس
عيب يشوب رضاه كعيب الغلط فى طبيعة ملكية المتصرف ، ومن اعتبار
هذا التصرف مع ذلك غير نافذ فى حق باقى الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها .
ويحل هذا النص كذلك مشكلة مصير هذا التصرف بعد القسمة ، اذا وقعت
الجزء المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، الحل
السليم والعملى الذى يوفق بين الاعتبارين المتقدمين : من كون هذا التصرف
صحيحاً صادراً من مالك من ناحية . وكونه غير نافذ فى حق باقى الشركاء
من ناحية أخرى : اذ يبقى على التصرف فى ذاته وفيما بين أطرافه ما دام
صادراً من مالك ، ولكنه يستعين بفكرة « الحلول العينية » فيغير من عمله
ويوقعه على الجزء الذى آل الى الشريك المتصرف بالقسمة مادام الجزء المتصرف
فيه قد آل بالقسمة الى غير الشريك المتصرف والتصرف غير نافذ فى حقه .

وعلى أى حال ، فالذى يعيننا الآن هو تفصيل حكم هذا التصرف قبل
القسمة : وهو ما يقتضى النظر اليه فى العلاقة بين أطرافه من ناحية . وفى
مواجهة باقى الشركاء من ناحية أخرى .

المطلب الأول

حكم التصرف فى العلاقة بين أطرافه

قلنا ان التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع يقضى باعتبار تصرفه
ولو فى جزء مفرز محدد من الشيء الشائع تصرفاً صادراً من مالك . وقد أكد
المشرع هذا الحكم بتقريره النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك من منع المتصرف

اليه من طلب ابطال هذا التصرف على أساس صدوره من غير مالك ، وحصر
حقه في ابطاله على حالة وجود عيب يشوب رضاه وخاصة عيب الغلط
في طبيعة ملكية المتصرف . ولكن هذه النتيجة التي غنى المشرع بالنص عليها
ليست هي النتيجة الوحيدة المترتبة على اعتبار تصرف الشريك في الجزء المفرز
تصرفاً صادراً من مالك ، فثم نتائج أخرى تترتب على هذا الاعتبار يجب
استخلاصها كذلك .

٦ - ليس للمتصرف اليه طلب ابطال التصرف على أساس صدوره
من غير مالك ، ولكن يجوز له طلب ابطاله في حالة الغلط :

ينص المشرع على أن للمتصرف اليه ، اذا كان بجهل أن المتصرف
لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف « (م٢/٨٢٦) .
وقد يبدو النص على هذا الحكم أمراً بديهياً وتزويداً لا حاجة اليه . اذ هو
محض تطبيق للقواعد العامة في شأن صحة الرضا وخلوصه من العيوب ومنها عيب
الغلط . ولكن عناية المشرع رغم ذلك بتأكيد النص عليه كان مقصوداً به
ابراز أن حق المتصرف اليه في طلب ابطال التصرف في الجزء المفرز انما
ينحصر في وجود عيب يشوب رضاه كعيب الغلط في طبيعة ووصف ملكية
المتصرف خاصة ، ونفى كل حق له في طلب الابطال على أساس صدور
التصرف من غير مالك .

والمشرع يستجيب في ذلك للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع
كما سبق البيان ، اذ ما دام حق الشريك المشتاع يرد طوال الشيوع على كل
الشيء الشائع ، فتصرفه حتى في جزء مفرز (١) يكون تصرف مالك فيما يملك
وان كان غير نافذ في حق باقي الشركاء . ولذلك لا يوجد ثم ما يعاب على
هذا التصرف من ناحية ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز المتصرف فيه ،
فلا يتأتى اذن اجراء أحكام التصرف في ملك الغير عليه . فاذا كانت أحكام

(١) ويستوى أن يكون الجزء المفرز أقل من حصة الشريك المتصرف أو مساوياً لها
أو أكبر منها (في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٨ ، ص ١٧٤) .

بيع ملك الغير (١) مثلاً تقضى بأن للمشتري طلب ابطال البيع على أساس صدوره من غير مالك ، وذلك سواء كان هذا المشتري عالماً أو جاهلاً بعدم ملكية البائع للمبيع ، فلا تطبق هذه الأحكام في شأن بيع الشريك جزءاً مفزراً من الشيء الشائع ؛ ولذلك لا يكون للمشتري طلب ابطال مثل هذا البيع على أساس صدوره من غير مالك ، سواء كان يجهل أو يعلم أن البائع مجرد مالك على الشيوع . ولكن إذا امتنع على مشتري أجزاء المفز أو المتصرف اليه به بوجه عام طلب ابطال البيع أو التصرف على أساس صدوره من غير مالك ، فيبقى أن من حقه — طبقاً للقواعد العامة في عيوب الارادة — أن يطلب ابطاله على أساس ما يكون قد وقع فيه من غلط جوهرى في حقيقة طبيعة ملكية البائع أو المتصرف .

وعلى ذلك ، ليس من سبيل أمام المشتري أو المتصرف اليه لطلب ابطال البيع أو التصرف ما دام يعلم أن البائع أو المتصرف مالك على الشيوع ، اذ لا وجه للابطال على أساس صدوره من غير مالك من ناحية ، ولا للابطال على أساس الغلط طالما أنه على بينة من حقيقة الوضع من ناحية أخرى . أما إذا كان يجهل أن البائع أو المتصرف مجرد مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك ملكية مفزرة خالصة للجزء المفز المبيع أو المتصرف فيه ، فمن حقه حينئذ طلب الابطال ولكن على أساس ما وقع فيه من غلط يعيب ارادته ، وليس على أساس صدور البيع أو التصرف من غير مالك . وهذا ما عناه المشرع بتأكيد حق المتصرف اليه في طلب ابطال التصرف اذا كان فحسب يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفزرة ؛ اذ لو كان يقصد اعتبار التصرف في الجزء المفز صادراً من غير مالك لما كان هناك من داع للفرقة بين حالة علم المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة أو جهله بها وحرمانه من حق طلب الابطال في الحالة الأولى دون الثانية . طالما أن أحكام التصرف في ملك الغير تسوى بين الحالتين وتعطى للمتصرف اليه حق طلب الابطال فيها معاً .

(١) راجع في هذه الأحكام : أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ،
فقرة ٤٠٣ - سليمان مرقس ومحمد على امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، ١٩٥٤ ،
فقرة ٢٦٩ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، فقرة ١٦١ .

وقصر حق المتصرف إليه في الإبطال على مجرد الإبطال بسبب عيوب الرضا وخاصة الغلط ، ومنعه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير مالك ، هو الحكم الواجب تقريره بصفة مطلقة سواء في فترة قيام الشيوع أو بعد فسخه بالقسمة ؛ فذلك هو مقتضى إطلاق نص المشرع ، ومقتضى تكليف حق الشريك المشتاع على السواء .

ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء (١) إلى أن المشرع إنما قصد بالمادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدني الحالي تقرير مبدأ الحلول العيني علاجاً للمضار التي تترتب على أثر القسمة الرجعي مما يفترض وقوع القسمة أولاً . وهو ما يجعل كذلك حق الإبطال المعطى للمتصرف إليه على أساس الغلط منصرفاً إلى الفترة التي تعقب القسمة وحدها ، وحيث يتضح من نتائجها وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب الشريك المتصرف ؛ أما في فترة ما قبل القسمة ، فيرى هؤلاء الفقهاء أن هذه المادة لم تعرض لحكم التصرف خلالها . ولذلك يعتبرون أن الشريك المشتاع . بتصرفه في جزء مفرز . قد تصرف في حصته الشائعة فيه وفي الحصص الشائعة لباقي الشركاء فيه على السواء . فيكون إذن متصرفاً فيما يملك في قدر حصته في الجزء المتصرف فيه وفي ملك الغير في قدر حصص شركائه فيه ؛ ولذلك يأخذ تصرفه — على الأقل فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين — بحكم التصرف في ملك الغير . مما يخول للمتصرف إليه أو المشتري قبل القسمة حق طلب إبطاله لهذا السبب سواء كان عالماً بالشيوع أو غير عالم (٢) .

(١) سليمان مرقس ومحمد علي امام . المرجع السابق ، فقرة ٢٨٧ — عيد المنعم فرج النصدية فقرة ١٢٩ ، ص ١٦٩ — ١٧١ .

(٢) ورغم أن أستاذنا الجليل الدكتور عيد الرزاق السهورى يذهب بهذا الرأي من اعتبار أن الشريك الذي يبيع جزءاً مفرزاً من انشئ نشائع يكون قد باع في نفس الوقت ما يملك وما لا يملك ، باعتبار أنه باع حصته في هذا الجزء وهو يملكها وحصص سائر شركائه فيه وهو لا يملكها (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٠) ، إلا أنه لا يصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها أنصار هذا الرأي .

فهو يفرق بين حالتين : حالة علم المشتري بأن البائع مالك على الشيوع ، وحالة جهله بذلك . أما حيث يعلم المشتري بأن الملكية ليست خالصة للبائع بل له شركاء على الشيوع فيها ، فليس =

ولكننا لا نجد لهذا الرأي سنداً صحيحاً من القانون أو من طبيعة حق الشريك المشتاع (١). فنص القانون فيما يتعلق باعطاء المتصرف اليه حق ابطال التصرف على أساس الغلط نص مطلق ، يجب - أمام اطلاقه - صرف حكمه

= له أن يطلب ابطال البيع حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع بدعى أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير ، لأن المفروض - وهو على بينة من الأمر - أنه قد اشترى الجزء المفروز المبيع أو ما يحل محله ما قد يقع في نصيب البائع عند القسمة ، بل يجب أن يترتب وقوع القسمة .

وأما في الحالة الثانية التي يجهل المشتري أن البائع مالك على الشيوع ، فيكون البيع مشوباً بخلط جوهرى في حصة الشريك البائع ، وبيعاً لملك الغير في حصص سائر الشركاء ؛ ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع قبل القسمة (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠١-٣٠٢) وإذا كان رأى أستاذنا الجليل يفضل رأى الآخر في حالة علم المشتري بأن البائع مالك على الشيوع ، من حيث النتيجة التي ينتهى إليها وهي انكار الحق على المشتري قبل القسمة في طلب ابطال البيع بالنسبة إلى حصص باقى الشركاء ، الا أن تأصيل هذه النتيجة محل نظر من أكثر من وجه .

فهذه النتيجة قد بنيت على مقدمة معينة هي اعتبار البيع بيعاً لملك الغير بالنسبة إلى حصص باقى الشركاء . وهذه المقدمة غير مسلمة ، وقد سبق لنا بيان وجه تنافها مع التكليف الصحيح لحق الشريك المشتاع واعتبار حقه وارداً طوال اشروع على كل الشئ الشائع ، بحيث يمتد تصرفه حتى في جزء مفروز من هذا الشئ تصرفاً صادراً من مالك . بل ولو صحت هذه المقدمة لأسلمت منطوقاً إلى النتيجة التي يراها أصحاب رأى الآخر وينفيها الأستاذ الجليل ، وهي امكان المشتري قبل القسمة طلب ابطال البيع فيما يوازي حصص باقى الشركاء في الجزء المفروز المبيع باعتباره بيعاً لملك الغير في شأنها . وليس بمقتنع لتبرير نفى هذه النتيجة رغم تلك المقدمة نقول بأن المشتري - إذ يعلم بأن البائع هو مجرد مالك على الشيوع - يكون قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة نتائجه نشأة قبل القسمة (المرجع السابق ، هامش ٢ ، ص ٣٠١) ؛ ففي هذا نقول افتراض مخالف لما وقع وتحصيل لارادة المشتري فوق ما تحتل (في هذا المعنى : اسماعيل غنم ، ١ - ، هامش ٢ ص ١٧٣) ، وهو ما يقربه من رأى القائلين بمحل تصرف في الجزء المفروز على أنه تصرف في الحصة الشائعة ، وهو رأى ترد عليه اعتراضات كثيرة كما سنرى . ومن ناحية أخرى قرأى الأستاذ الجليل في منع المشتري من طلب الابطال تربصاً بنتيجة تقسمة ، يجعل معنى الامتناع عن الحكم على التصرف في الجزء المفروز قبل القسمة واعتباره موقوفاً على نتيجهها ؛ وفي ذلك عود إلى الرأى الذى كان سائداً في ظل التقنين المدف القديم ، ذلك الرأى الذى سبق لنا انتقاده والذي عدل عنه المشرع في التقنين المدف الحالى بعد أن كان قد تم باتباعه كما سبقنا الإشارة .

(١) أنظر في انتقاد هذا الرأى كذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ، الأموال ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٣ - ٢٠٥ - اسماعيل غنم ، ج ١ ، هامش ١ ، ص ١٦٩ .

الى ما قبل القسمة وما بعدها على سواء ، مما يستبعد امكان ابطال التصرف في أيهما على أساس صدوره من غير مالك . وهذا التفسير هو الذى عليه المنطق كذلك ، اذ لو صح اعتبار التصرف قبل القسمة صادراً من غير مالك وقابلاً للإبطال بالتالى على هذا الأساس دون نظر الى جهل المتصرف اليه أو علمه بقيام وضع الشيوخ ، لوجب من باب أولى تأكيد هذا الاعتبار إذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، ولوجب تفريعاً على ذلك الاستمرار في تمكين المتصرف اليه من طلب ابطال التصرف سواء كان عالماً أو جاهلاً بملكية المتصرف الشائعة ، وهذا ما لم يفعله المشرع حيث قصر حق طلب الأبطال على المتصرف اليه الواقع في الغلط بشأن حقيقة ملكية المتصرف ، مما يفصح بجلاء عن عزم المشرع على اطراح فكرة صدور التصرف من غير مالك كأساس للإبطال - سواء في فترة ما قبل القسمة أو بعدها - واستمساكه بفظ المتصرف اليه كأساس وحيد لذلك .

ويؤيد هذا التفسير لمسلك المشرع المصرى استقامته مع التكييف الذى رأيناه صحيحاً لحق الشريك أمشئاع . فقد رأينا حقه حق ملكية ثبت له على الشيء الشائع جميعه كل سلطات الملكية . وان كان استعماله لهذه السلطات يتقيد بما للشركاء الآخرين من سلطات مماثلة . مما يجعل تصرفه في جزء مفروز من الشيء الشائع تصرفاً صحيحاً في العلاقة بينه وبين المتصرف اليه على أساس اعتباره متصرفاً فيما يملك ، وان كان - في العلاقة بينه وبين باقى الشركاء - تصرفاً غير نافذ في حقهم . ولذلك لم يكن في الامكان أمام هذا التكييف اعتبار التصرف - خاصة قبل القسمة - صادراً من غير مالك ، وترتيب النتيجة المحتومة على ذلك من تمكين المتصرف اليه في جميع الأحوال من حق طلب ابطاله . وهذا التكييف نفسه من اعتبار التصرف صادراً من مالك هو الأساس فيما فرضه المشرع من اعمال فكرة الحلول العيى حين يقع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب الشريك المتصرف بالقسمة . فلو كان التصرف معتبراً قبل القسمة صادراً من غير مالك ، لاستقر هذا الاعتبار وتؤكد بعد قسمة الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف ، ولبقى للمتصرف اليه في جميع الأحوال - دون اقتصار على حالة وقوعه في الغلط - حق طلب ابطال

التصرف^١، ولما احتاج المشرع إذن إلى اعمال فكرة الحلول العيني توصلا إلى ابقاء مثل هذا التصرف المهدد بالزوال والابطال على هذا الأساس (١).

وعلى هذا النحو ، نخلص بأن مجرد تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع ليس بذاته سبباً للابطال بدعوى صدوره من غير مالك قبل القسمة . وانما يمكن أن يتأتى ابطاله لظرف خاص متعلق بالتصرف اليه نفسه - لا بالتصرف - هو ما قد يشوب ارادته من عيب نتيجة غلظه في اعتقاده أن ملكية المتصرف للجزء المفرز المتصرف فيه ملكية خالصة له دون شريك ؛ وهذا محض تطبيق للقواعد العامة في شأن صحة الارادة وخلوصها من العيوب . ولذلك يجب التمييز في الواقع بين حالتين : الأولى . حالة علم المتصرف اليه بأن المتصرف مجرد مالك على الشيوع ؛ والثانية ، حالة اعتقاد المتصرف اليه بأن المتصرف يملك الجزء المفرز المتصرف فيه وحده دون شريك .

١ - إذا كان المتصرف اليه يعلم أن المتصرف ليس الا مالكا على الشيوع للشيء الذي تصرف اليه بجزء مفرز منه ، فليس له طلب ابطال التصرف قبل القسمة . فمثل هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من مالك لا يخضع لأحكام التصرف في ملك الغير كما سبق البيان .

٢ - إذا كان المتصرف اليه تجهل أن المتصرف مالك على الشيوع ويعتقد أنه مالك للجزء المفرز المتصرف فيه وحده ملكية خالصة دون شريك ، فان إرادته تكون مشوبة بغلط جوهري . مما يجعل التصرف قابلاً للابطال لمصلحته قبل القسمة على أساس هذا الغلط .

٧ - التصرف يرتب قبل القسمة آثاره فيما بين أطرافه ، عل الجزء المفرز المتصرف فيه ، لا على حصة في الشيء الشائع تعادله :

إذا كان تصرف الشريك في الجزء المفرز تصرفاً صادراً من مالك لا يجوز للمتصرف اليه طلب ابطاله الا على أساس وقوعه في الغلط حول

(١) قارن مع ذلك :

سليمان مرقس ومحمد علي امام ، فقره ٢٨٧ ، ص ٤٧٢ .

حقيقة طبيعة ملكية المتصرف للجزء المفروز المتصرف فيه ، ففتضى ذلك أنه تصرف صحيح منتج لآثاره فيما بين أطرافه قبل القسمة على نفس المحل المفروز المتصرف فيه . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بإبقاها إياه في نصيب الشريك المتصرف . والا فان أوقعته في غير نصيبه ورد التصرف وحق المتصرف اليه على الجزء الذى وقع في نصيب المتصرف بالقسمة كما سبق القول .

والذى يعنينا الآن هو فترة ما قبل القسمة . وهذا التصرف قادر على ترتيب آثاره فيما بين أطرافه خلافا ، وعلى ذات الجزء المتصرف فيه ، فقدورته على ترتيب آثاره فيما بين أطرافه ليست مقصورة على محض توليد التزامات شخصية فحسب . بل على انتاج آثار عينية بينهم كذلك (١) .

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن آثار التصرف تقتصر على الالتزامات الشخصية بين أطرافه ، فلا ينتج بينهم آثاراً عينية ، على أساس أن الشريك المشتاع - رغم ورود حقه على كل اثنى الشائع - إلا أن سلطاته كذلك ومنها سلطة التصرف لم تنقل للشريك لكي يمارسها بمفرده بل تتمتع ممارستها مع غيره من الشركاء متعاً للساس بحقوقهم ، فإذا انفرد بالتصرف كان تصرفه صادراً من ليست له سلطة التصرف منفرداً (اشماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٩٩ و ٢٠٠) .

ولكن إذا كان صحيحاً أن في انفراد شريك بالتصرف في جزء مفروز مساساً بحقوق سائر الشركاء ، فلا تكون الوسيلة لمنع هذا المساس هي منع التصرف من انتاج آثار عينية فيما بين أطرافه ، خاصة وأن الرأى القائل بذلك يسلم باعتبار التصرف صادراً من مالك ؟ وانما تكون الوسيلة الطبيعية والمنطقية هي مجرد منع نفاذ التصرف في حق باقى الشركاء . ومن ناحية أخرى ، فان هذا الرأى يكاد يلتقى مع الرأى الذى يناهضه ، وهو الرأى القائل باعتبار تصرف الشريك في جزء مفروز تصرفاً في ملك الغير ، والذى من مقتضاه اقتصار هذا التصرف على توليد التزامات شخصية بين أطرافه إذا لم يطلب المتصرف اليه الابطال ؟ وإذا كان ذلك أمراً مفهوماً حيث يكون المتصرف غير مالك ، فهو غير مفهوم إذا كان المتصرف مالكاً والشريك مالكاً كما يسلم هذا الرأى . بل ان مركز المتصرف اليه طبقاً لهذا الرأى الذى يسلم باعتبار تصرف الشريك صادراً من مالك يكون أكثر سوءاً من مركزه طبقاً للرأى الذى يمتنع هذا التصرف صادراً من غير مالك ، وهذا غير مقبول ، إذ بينا يجوز للمتصرف اليه طبقاً للرأى الثانى طلب الابطال ، يمتنع عليه ذلك طبقاً للرأى الاول مع اقتصار التصرف في نفس الوقت على توليد التزامات شخصية بين أطرافه .

إذ ليس ثم ما يمنع من ذلك ، طالما أن الشريك المتصرف يرد حقه على كل الشيء الشائع طوال الشيوع فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من مالك ، وطالما أن حق باقي الشركاء الذين يضر بهم هذا التصرف عفو عن طريق عدم نفاذه في حقهم . ولذلك ينقل التصرف فيما بين أطرافه إلى المتصرف إليه الحق على سبيل الافراز على ذات الجزء المفروز المتصرف فيه . فإذا كان التصرف تصرفاً ناقلاً للملكية بالبيع مثلاً ، اعتبر المشتري متملكاً ملكية مفروزة الجزء المبيع في فترة الشيوع وقبل حصول القسمة (١) من وقت انعقاد عقد البيع أو من تاريخ تسجيله (٢) على حسب الأحوال ؛ فلا يحل إذن محل انبائع شريكاً على الشيوع ، فضلاً عن أنه يمنع من ذلك عدم نفاذ عقد البيع في حق باقي الشركاء .

(١) كتابنا سالف الذكر ، هامش ١ ، ص ٢٣٥ .

وواضح أن ذلك يكون في العلاقة بين أطراف التصرف ، أما في مواجهة باقي الشركاء فالمتصرف غير نافذ في حقهم فلا يحتاج المشتري عليهم بملكيتهم للجزء المفروز المتصرف فيه . ولكن بعض الفقهاء يرون أنه يجب هذا الرأي ما عيب على تشريمات التسجيل التي تفرق في انتقال الملكية بين المتعاقدين والغير ، إذ من التناقض اعتبار أن الملكية قد انتقلت بالنسبة للبعض ولم تنتقل في نفس الوقت بالنسبة للبعض الآخر (اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٩٩) . ولكن من الواضح أن التفريق في انتقال الملكية بين المتعاقدين والغير ظاهرة عامة معروفة في القانون لم يتعد في شأن تصرف الشريك في الجزء المفروز خاصة . أما ما قد يبدو فيها من تناقض فهو تناقض ظاهري فحسب . إذ أنه إذا كان الأصل أن للحقوق الميضية صفة مطلقة تجعلها ثابتة بالنسبة للجميع ، إلا أنه يتمتع أعمال هذا الأصل إذا حال دون ذلك وجود حقبة قانونية ؛ وهذه الحقبة موجودة هنا نتيجة ما هو مسلم من عدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء ، فالملكية قد انتقلت ، ولكن هذا الانتقال لا يحتاج به على هؤلاء الشركاء لما طم من حق الاعتراض على تصرف شريكهم الانفرادي .

(٢) وقد يظن أن تسجيل التصرف الصادر من شريك في جزء مفروز أمر غير ميسور ، ولكن وقائع بعض القضايا تكذب هذا الظن ، إذ تقدم أسئلة على تسجيل عقود صادرة من أحد الشركاء أو بعضهم في جزء أو أجزاء مفروزة من الشيء الشائع (أنظر على سبيل المثال : نقض ٢٥ يونيو ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية ، السنة الرابعة ، ع ٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١١٨٧ - نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ - المرجع السابع ، السنة التاسعة ، ع ٣ ، رقم ٨٢ ، ص ٦٥٥) .

ولكن بعض الفقهاء (١) يذهبون إلى أن حصة مثل هذا البيع فيما بين أطرافه إنما تعني مجرد تملك المشتري حصة شائعة تعادل قدر الجزء المقرز المبيع إليه من الشريك المشتاع فيحل محله - في حدود هذا القدر - شريكاً مع باقي الشركاء (٢) ؛ على أساس القول بأن المشتري لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه . وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة ، خاصة وأنه - حيث لا يكون جاهلاً بحقيقة ملكية سلفه الشائعة - يكون مرتضياً بذلك لتلقي الملكية عنه بما يلحقها من وصف الشيوع .

غير أن هذا الرأي يحمل إرادة المتعاقدين فوق ما تحتمل ، فارادتهما صريحة ظاهرة في نقل ملكية مفرزة لا شائعة إلى المشتري ؛ وإعلانهما ذلك - رغم ما يعلم المشتري من ملكية البائع الشائعة - يفيد - على العكس مما يراه هذا الرأي - انصراف إرادتهما الحقيقية إلى نقل الملكية إلى المشتري خالصة من وصف الشيوع الذي كانت ثابتة به للبائع ؛ ولا تريب عليهما

(١) أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٤١٤ - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ١٣٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ، الأموال ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٤ - ٢٠٦ .

(٢) ويكاد يقرب من هذا الرأي رأى أستاذنا الجليل الدكتور عبدالرزاق السنهوري في شأن حكم بيع الجزء المقرز في حالة علم المشتري بأن البائع لا يملك إلا في الشيوع ، وقوله خاصة أن المشتري يكون بذلك مرتضياً شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة (الوسيط ، ج ٤ ، هامش ٢ ، ص ٣٠١) . غير أن رأى الأستاذ الجليل يختلف مع هذا الرأي مع ذلك في أنه لا يعتبر بيع الجزء المقرز يأكله ييماً لحصة شائعة إلا فيما يوازى قدر الحصة الشائعة للشريك البائع في الجزء المقرز المبيع . أما فيما يوازى حصص باقي الشركاء في هذا الجزء فهو يعتبره ييماً لجزء مفرز ، ولكنه جزء لم يمين بالذات وإنما يتعين عند القسمة بما ستتركز فيه حصة البائع الشائعة . ويرتب حل ذلك أن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المقرز المبيع ، بينما « يتغذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء » (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٧٠ ، ص ٣٠٤ - قارن مع ذلك ما ينهب إليه البعض في تأويل رأى الأستاذ الجليل بأنه يتجنب اعتبار المتصرف إليه شريكاً في المال الشائع : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٧٣ - وأنظر ، حل أى حال ، في مناقشة رأى الأستاذ الجليل : اسماعيل غانم ج ١ ، هامش ٢ ص ١٧٣ و ١٧٤ ؛ ولا حقاً ما سيرد في شأن حكم التصرف في الجزء المقرز في مواجهة باقي الشركاء) .

فى ذلك ، فـللشريك المشتاع الحق فى التصرف فى جزء مفرز من الشىء الشائع ويعتبر تصرفه صحيحاً صادراً من مالك وان كان غير نافذ فى حق باقى الشركاء كما سبق البيان .

ولو صح هذا الرأى ، لانهدمت الحاجة إلى اثبات الحق للشريك المشتاع فى التصرف على سبيل الافراز ، ولأغنى عنه حينئذ حقه الثابت فى التصرف فى الحصة الشائعة . ما دام أن تصرفه فى جزء مفرز لا ينتج من الأثر الا ما ينتجه التصرف فى الحصة الشائعة من نقل الحق شائعاً إلى المتصرف اليه واحلاله بذلك - إذا كان التصرف بنقل الملكية - محل المتصرف كشريك على الشيوع .

ولو صح هذا الرأى . لما كانت هناك حاجة كذلك إلى نص المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى الحالى الذى يحدد مصير ومحل التصرف فى جزء مفرز إذا لم يقع بالقسمة فى نصيب المتصرف . إذ ما دام المشتري لجزء مفرز لا يملك الا ملكية شائعة نحل بها محل البائع كشريك على الشيوع . فلا تنور حينئذ مشكلة مصير هذا التصرف . إذ يكون هو المصير الطبيعى للقسمة ذاتها : فيتحدد بالقسمة لكل من الشركاء المتقاسمين - ومن بينهم المشتري - نصيب مفرز تكون له عليه وحده سلطات الملكية الخالصة .

ويقطع بعدم التزام هذا الرأى كذلك صريح النصوص وقصد المشرع أن المادة ٢/٨٢٦ - وهى بصدد تحديد مصير التصرف فى جزء مفرز - تقضى بأنه « إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . مما يفترض أن المتصرف - حتى فى الحالات التى يكون التصرف فيها بنقل الملكية - هو المتقاسم . وأن ما يؤول اليه بالقسمة من نصيب ينقل اليه حق المتصرف اليه . بينما مقتضى هذا الرأى اعتبار المتصرف اليه بنقل الملكية هو المتقاسم (١) .

(١) فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور . نظرية الحلول النيقى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى . رسالة من القاهرة . ١٩٥٣ . طبعة ١٩٥٦ ، فترة ٩٦ ، ص ١٦٨ و ١٦٩ . - اسماعيل غانم . ج ١ . فترة ٧٧ . ص ١٧٣

فهذا رأى إذن يخالف ارادة المتعاقدين . ويهدر كل قيمة لحق الشريك
الثابت في التصرف في جزء مفروز . ويناقض قصد المشرع على السواء .
ولذلك قلنا ان تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع ينقل الحق
فيما بين أطرافه إلى المتصرف اليه على سبيل الافراز لا على سبيل الشيوع .

٨ - لا يصلح التصرف لأن يعتبر سبباً صحيحاً :

إذا كان تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع تصرفاً
صحيحاً صادراً من مالك . فمقتضى ذلك أنه لا يصح اعتباره سبباً صحيحاً
يصلح لاكتساب المتصرف اليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العيني
عليه بمقتضى الحيازة أو التقادم القصير على حسب الأحوال ؛ ذلك أن
السبب الصحيح هو ذلك التصرف الصادر من غير صاحب الحق ،
والذي من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادراً من صاحبه . وبناء على ذلك ،
لا يجوز لمشتري جزء مفروز في عقار من أحد الشركاء أن يدعى اكتساب
ملكية هذا الجزء . إذا كان حسن النية . بمضي خمس سنوات على حيازته
إياه . استناداً إلى أن عقد البيع الصادر له من الشريك البائع يعتبر سبباً
صحيحاً يؤهل لاكتساب الملكية بالتقادم القصير .

ومع ذلك . فقد ذهبت محكمة النقض منذ قديم . واستقرت أحكامها
إلى الآن . على خلاف ذلك . فاعتبرت مثل هذا التصرف سبباً صحيحاً (١) .

(١) نقض ١٦ يونيو ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٨ ؛ ص ١٣١ ، المحاماة
ص ١٣ . رقم ٦٤ ، ص ١٦١ - نقض ٢٣ أبريل ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٢
ص ٤٢٣ - نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية ، ص ٩
ع ٣ ، رقم ٨٢ ، ص ٦٥٥ .

وقد جاء في الحكم الأخير أنه «ما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه إذا باع الشريك
المشتع جزءاً مفزراً محدوداً . فإن بيعة يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً يمتلك به المشتري ما يبيع
بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ؛ ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذا
وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه ، وكان الحكم المطعون فيه قد جانب
هذا النظر ، فيكون معيياً بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي وجوه الطعن » .

ويبقى هذا القضاء تأييداً من جانب بعض الفقهاء (١).

(١) ويكتفى جانب من هؤلاء الفقهاء بالتسليم بقضاء محكمة النقض دون مناقشة أو تبرير (أنظر : أنور سلطان ، هامش ٢ ص ٤١٤ - سليمان مرقس ومحمد علي امام ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣ - عبد المنعم البدر ، فقرة ١٣٣ ، ص ١٦٤ - عبد الرزاق السهرى ، الوسيط ج ٤ ، هامش ١ ، ص ٣٠٥)

أما البعض الآخر ، فيحاول تبرير هذا القضاء على أساس القول بأن السبب الصحيح حسب تعريف المادة ٣/٩٦٩ «هو سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً لشيء أو صاحباً للحق» الذي يراد كسبه بالتقادم» ، والحق المراد كسبه بالتقادم هنا هو حق الملكية المفترضة ، والشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق إذ هو مجرد مالك مشتت (استعميل غانم ، ج ١ ، هامش ١ ، ص ١٦٧) .

ونراهي بداهة ما هناك من تناقض بين التسليم في هذا الرأي بأن حق الشريك المشتت يرد طوال الشروع على كل الشيء الشائع (المراجع السابق ، فقرة ٨٦ ، ص ١٩٩) وأن تصرفه في الجزء المفترز يكون تصرفاً صادراً من مالك فلا يمتنع تصرفاً في ملك الغير (المراجع السابق ، فقرة ٧٧ ص ١٧٢) ، وبين القول في نفس الوقت بأن تصرفه يكون صادراً من غير صاحب الحق .

ولا يخفى بعد ذلك ما ينطوي عليه هذا الرأي من قسر لعبارة نص المادة ٣/٩٦٩ . إذ واضح أن المقصود بالترميز الذي أوردته هذه المادة للسبب الصحيح هو بيان أن هذا السبب ليس مؤدياً - إذا توافرت شروط الحيازة أو شروط التقادم انقصر - الأخرى - إلى اكتساب حق الملكية وحده وإنما كذلك إلى اكتساب الحقوق التعينية المنفردة عنه ، ولذلك جاء التعبير في هذه المادة عن السبب الصحيح بأنه الذي يصدر من شخص لا يكون مالكاً لشيء إذا كان المراد كسبه هو حق الملكية ، أو صاحباً لحق الذي يراد كسبه بالتقادم إذا كان هذا الحق حقاً تعينياً متفرعاً عن الملكية. والدليل على ذلك أن المشروع التهديد بالتقنين المدفئ الحار كان يورد حق الملكية والحقوق المنفردة عنه في باب أول ، ويورد أسباب كسب الملكية وما يتفرع عنها في باب آخر (أنظر : مشروع تنقيح القانون المدفئ ، المذكرة الإيضاحية ، ج ٤ ، ١٩٤٥ ، ص ١) : فكان من الطبيعي ، إذا تعرض في الباب الثاني لمصدر شامل لاكتساب الملكية والحقوق المنفردة عنها معاً - كالحيازة أو التقادم - أن يأتي تعميده عن هذا المصدر مفصلاً عن هذا الشمول ، ببيان أن السبب الصحيح حينها يراد الاستناد إليه في اكتساب الملكية يجب أن يكون صادراً من غير المالك ، وحينها يراد الاستناد إليه في اكتساب حق متفرع عن الملكية بهذا التقادم يجب أن يكون صادراً من غير صاحب هذا الحق . وإذا كان الرأي قد استقر من بعد على التمييز في الترتيب الذي اتبعه المشروع التهديد بحيث أفرد التقنين الحال لحق الملكية وأسباب كسبه باباً أول وعرض للحقوق المنفردة عن حق الملكية في باب آخر ، فقد بقيت النصوص الخاصة بأسباب الكسب في جوهرها على الصياغة الأصلية الواردة في المشروع التهديد التي كانت تتحدث عن أسباب الكسب المشتركة بين حق الملكية والحقوق المنفردة عنه على هذا الأساس المشترك .

ونعتقد أنه يتعين رفض هذا القضاء (١) . ذلك أنه إذا كان السبب الصحيح هو التصرف القانوني الصادر من غير صاحب الحق والناقل بطبيعته للحق لو أنه صدر من صاحبه ، فتصرف الشريك في جزء مفروز لا يكون سبباً صحيحاً لأنه تصرف صادر من مالك . وفي القول بغير ذلك مخالفة لنص المشرع من ناحية ، وخروج على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع من ناحية أخرى . فخالفته للنص ظاهرة ؛ إذ أن ما تقرره المادة ٨٢٦/٢ من أنه لا يجوز للمتصرف اليه ابطال مثل هذا التصرف الا على أساس الغلط ، ومن الابقاء على التصرف رغم وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ولكن بإيراده على الجزء الذي آل للمتصرف بالقسمة ، فيه نفى قاطع لاعتبار التصرف صادراً من غير مالك كما سبق البيان . وأما وجه خروجه على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، فواضح من أن هذا التكييف يجعل حق الشريك وارداً طوال الشيوع على كل الشيء الشائع ، بحيث يكون تصرفه ولو في جزء مفروز منه تصرفاً صادراً من مالك (٢) .

(١) أنظر كذلك في انتقاده : محمد علي عرفة ، ج ٢ ، أسباب كسب الملكية ، فقرة ١٣٤ ، ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) تجب الإشارة كذلك الى أن محكمة النقض لالتزم في قضائها ما قدمت له هي نفسها من تعريف للسبب الصحيح . اذ بعد أن تذكر أن المراد يكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك او أنه صدر من مالك أهل للتصرف (نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ سالف الذكر) ، مما يعني أنها تشترط لقيام السبب الصحيح كونه من حيث الطبيعة من التصرفات الناقلة (استبعاداً للتصرفات الكاشفة) وكونه من حيث مصدره صادراً من غير مالك (استبعاداً للتصرفات الصادرة من مالك) ، تستلزم فتقرر أن يبيع الشريك جزءاً مفروزاً محمداً يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً اذ هو يبيع وينقل الملك بطبيعته ولذاته ، ويصرف النظر عن كون البائع مالئاً للبيع كله أو بعضه (أنظر : نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، و ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ سالف الذكر) . فكأنها بذلك تكتفي في اعتبار هذا البيع صحيحاً بتحقيق كونه تصرفاً ناقلاً للملك ، دون تمحيص لما اذا كان شرط صلوره من غير مالك متوافراً أو غير متوافر ، فتحكم بذلك على التصرف بأحد الشرطين اللذين ذكرتهما للسبب الصحيح مستغنية عن الشرط الآخر .

وعلى هذا النحو ، نوكد وجوب رفض اعتبار تصرف الشريك في الجزء المفروز سبباً صحيحاً ، ونؤيد في ذلك ما قضت به بعض محاكم الاستئناف (١) من « أنه لا أساس لدعوى التملك بمضىء المدة القصيرة ، لأن (مشتري الجزء المفروز من شريك) مشتر من مالك ، فتملكه لا ينطبق عليه حكم المدة القصيرة التي لا يجوز التملك بها الا لمن اشترى من غير مالك مع توافر الشروط الأخرى » .

المطلب الثاني

حكم التصرف في مواجهة باقي الشركاء

٩ - عدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء :

سبق أن قلنا ان اعتبار تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع صادراً من مالك . لا ينفي عدم نفاذه في حق باقي الشركاء ، لأنه رغم ورود حق الشريك المشتاع على كل الشيء الشائع طوال الشيوع الا أن لباقي الشركاء على هذا الشيء نفس السلطات ، مما يفرض تقيد كل منهم في استعمال سلطاته بعدم المساس بسلطات الآخرين أو الاضرار بهم . وإذا كان الظاهر أن نص المادة ٢/٨٢٦ الخاص بحكم التصرف في الجزء المفروز لم يعرض لهذا الحكم الا فيما بين أطراف التصرف لا بالنسبة إلى باقي الشركاء . ففقتضاه مع ذلك تأكيد عدم نفاذ التصرف في حقهم ؛ لأنه وقد قرر حمل التصرف بعد القسمة على الجزء الذي أوقعته في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . يكون قد أظهر عدم نفاذ التصرف في حق هذا الشريك الواقع الجزء المتصرف فيه في نصيبه بالقسمة ، وما ذلك الا مجرد استمرار لعدم نفاذه أصلاً في حقه منذ انعقاده .

ويترتب على عدم نفاذ تصرف الشريك في الجزء المفروز في مواجهة باقي الشركاء نتائج هامة نذكرها فيما يلي :

(١) استئناف القاهرة ٢ مارس ١٩٥٤ (أنظر في الإشارة اليه والحيثياته : نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ سالف الذكر ، وهو الحكم الذي نقضه) .

١٠- حق باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق :

لباقي الشركاء حق الاعتراض على التصرف لتقرير عدم نفاذه في حقهم ، برفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المتصرف فيه (١) .

وإذا كانت محكمة النقض قد ذهبت في ظل التقنين المدني القديم إلى إنكار حقهم في رفع هذه الدعوى كما سبقت الإشارة ، فيبدو أنها كانت متأثرة في ذلك بتكييف تصرف الشريك في الجزء المفرز بأنه موقوف على نتيجة القسمة ، ولذلك اعتبرت أن المبادرة برفع هذه الدعوى قبل القسمة تكون ادعاء « سابقاً لأوانه خليفاً أن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه » (٢). أما وقد رأينا أن مثل هذا التكييف ليس هو التكييف الصحيح لهذا التصرف . ولا هو بالمستقيم مع حكم التقنين الحالي ، فلم يعد ثمّ ما يبرر هذا القضاء (٣) .

(١) في هذا المعنى : أنور سلطان ، فقرة ٤١٦ ، ص ٤١٤ - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ١٣٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٢ - اسماعيل غانم ، ج ١ فقرة ٧٦ ص ١٦٥ و ١٦٦ ، وهاشم ٢ ص ١٦٦ - عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٣ .

وليس المقصود برفع دعوى الاستحقاق مطالبة شركاء بنصيب مادي معين من الجزء المفرز المتصرف فيه ، وإنما مجرد تأكيد حقوقهم الشائعة فيه فحسب كما هو مذكور في المتن (أنظر في نفس المعنى : أنور سلطان ، عبد المنعم البدرأوى ، عبد المنعم الصدة ، المواضع السابقة) .

(٢) نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٨ ، ص ١٣١ .

(٣) قارن مع ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء من منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق على مشتري الجزء المفرز من أحدهم ، وذلك تقريماً على ما يروونه من أن بيع الشريك جزءاً مفرزاً يكون بيعاً لما يملك في شأن حصته الشائعة في هذا الجزء ، ولما لا يملك في شأن حصص سائر الشركاء فيه (سليمان مرقس ومحمد علي امام ، فقرة ٢٨٨ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٧٠) . والواقع أن المستقيم مع منطلق هذا الرأي هو أن يكون منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق قاصراً على ما يوازي حصص الشريك البائع في الجزء المفرز المبيع دون ما يوازي حصص باقي الشركاء فيه . ولكن يبدو أن بعض أنصار هذا الرأي يحملون منهم من رفع هذه الدعوى مطلقاً ، قولاً بأن رفعها يقتضى أن تكون الملكية خالصة لهم وأن لا يكون للمشتري أي نصيب فيها ، وهذا لا يتحقق إلا بتأم القسمة ووقوع الجزء المبيع مفروزاً في نصيب غير البائع =

ولكن إذا كان لباقي الشركاء رفع دعوى الاستحقاق تأكيداً لعدم نفاذ التصرف في مواجهتهم ، فواضح أنهم يملكون بإرادتهم جعله نافذاً في حقهم ، إذا أقروه جميعاً ، أو أقره منهم من تكون حصصهم - بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف - ثلاثة أرباع الشيء الشائع طبقاً لأحكام المادة ٨٣٢ من التقنين المدني (١) .

١١ - عدم اعتبار التصرف اليه بنقل ملكية الجزء للمفرز شريكاً لباقي الشركاء محل التصرف :

إذا كان تصرف الشريك في الجزء المفرز يعتبر فيما بين أطرافه تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء ، ففتضى ذلك أن ما يولده هذا التصرف من آثار فيما بين أطرافه لا يحتاج به على باقي الشركاء . ولذلك ، فإذا كان من شأنه - بذاته أو بالتسجيل - نقل

= المشتري (سليمان مرقس ومحمد علي امام، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣) . وعلى أي حال، فقد سبق أن ناقشنا ورفضنا الرأي القائل باعتبار بيع الشريك جزءاً مفرزاً يبيماً لما يملك في حصته الشائعة فيه ولما لا يملك في حصص باقي الشركاء الشائعة فيه .

وقارن كذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض من أن ما استقر عليه قضاؤها في ظل التقنين المدني القديم من انكار حق رفع دعوى الاستحقاق على باقي الشركاء قبل القسمة هو بمعينه نفس ما أخذ به التقنين المدني الحالي في المادة ٨٢٦ منه! ... (نقض ٢٨ يونيو ١٩٠٦ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المدنية ، س ٧ ، ج ٢ ، رقم ١٠٧ ص ٧٦٠) . وزاى بداهة أن القضية الصادر فيها هذا الحكم كانت خاصة للتقنين المدني القديم ، فاستطرد المحكمة الى بيان أحكام التقنين المدني الحالي كان تطوعاً من جاذبها ليس من حاجة تدعو اليه . ومن ناحية أخرى ، فتأكدتها مبدأ رفض دعوى الاستحقاق من جانب باقي الشركاء لم يكن ثم ما يقتضيه من وقائع الدعوى (في هذا المنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ص ١٦٦) . فإذا أمكن التناضى من كل ذلك ، فيبقى أن نسبها هذا المبدأ الى التقنين المدني الحالي كذلك والى المادة ٨٢٦ منه خاصة غير صحيح . ففتضى نص هذه المادة - فضلاً عن مقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع - اعتبار التصرف رغم حصته فيما بين أطرافه ، غير نافذ في حق باقي الشركاء كما سبق البيان ، مما يطعيم بالتالى الحق في تأكيد حقوقهم الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه عن طريق رفع دعوى الاستحقاق (أنظر كذلك في انتقاد هذا الحكم : عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، هامش ١ ص ١٧٣ و ١٧٤) .

(١) في هذا المنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٢ ، ص ١٦٧ .

الحق على الجزء المفرز إلى المتصرف إليه فيما بين أطراف التصرف كما رأينا ، فان هذا الحق لا يكون قائماً أو نافذاً في مواجهة باقى الشركاء . فاذا كان التصرف بنقل الملكية مثلاً بالبيع ، فان المتصرف إليه أو المشتري لا يحل - كما سبق البيان - شريكاً محل الشريك المتصرف أو البائع (١) ؛ اذ هو من ناحية قد اشترى جزءاً مفزراً لاحصة شائعة تلخه في الشيوع ، والتصرف أو البيع الصادر إليه غير نافذ في حق باقى الشركاء من ناحية أخرى .

وينبى على عدم اعتبار المتصرف إليه بنقل ملكية الجزء المفرز شريكاً مع باقى الشركاء نتائج نعرض لأهمها فيما يلى :

١ - لا يكون من حق مشتري الجزء المفرز أو المتصرف إليه بنقل ملكية هذا الجزء عموماً حتى مشاركة باقى الشركاء في إدارة الشيء الشائع أو التصرف فيه إدارة أو تصرفاً يتقرر بالإجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك المتصرف أو البائع وحده ، الذى يحسب صوته - بقدر ماله من حصة في الشيء الشائع - عند استكمال الإجماع أو احتساب الأغلبية (٢) .

(١) أنظر كذلك في نفس المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، ص ١٧٣ ، هامش ٤ ص ١٧٩ . ولكن أنظر عكس ذلك : أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣ - عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ١٣٢ - سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ - عبد الرزاق السنهورى الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٧٠ (غير أنه يراعى أن الأستاذ الجليل لا يطلق القول باعتبار مشتري الجزء المفرز شريكاً لباقى الشركاء ، بل يقيد ويجمله شريكاً بالنسبة الى حصة الشريك الشائعة في الجزء المفرز المبيع ، أعذاً بما يراه من أن البيع بالنسبة الى هذه الحصة يكون يماً لما يملكه البائع ، أما باقى حصص الشركاء في هذا الجزء فيكون بيع الشريك لها يماً لما لا يملك (أنظر كذلك : المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٠) .

(٢) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هامش ٤ ، ص ١٧٩ و ١٨٠ . وأنظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٤ ابريل ١٩٤٠ ، انمامة ، ص ٢١ ، رقم ٣١ ، ص ٤٦ - سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٤٧٣ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ص ٣٠٥ .

ولكن يكون من حق المتصرف إليه أو مشتري الجزء المفرز ادارته والتصرف فيه ، كل ما في الأمر أن ما يقوم به من ذلك لا يكون ملزماً أو نافذاً في حق باقى الشركاء ، طالما أن نفس التصرف أو البيع الذى نقل إليه الحق أو الملكية على هذا الجزء غير نافذ أصلاً في حقهم .

٢ - ما دام أن المتصرف اليه أو مشتري الجزء المقرز لا يصبح شريكاً لباقي الشركاء بل يبقى للشريك المتصرف أو البائع وصفه كشريك ، فقتضى ذلك أن الشريك المتصرف أو البائع وحده - دون المتصرف اليه أو المشتري - هو الذى يثبت له حق طلب القسمة ويجب اختصاصه فى دعواه . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى خلاف ذلك ، إذ قررت أنه « بتسجيل المشتري (جزءاً مفروزاً) لعقده ، تنتقل الملكية اليه ويصبح شريكاً لباقي الشركاء تجب مخاصمته فى دعوى القسمة ان لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده » (١) .

غير أن من الواضح أن هذا القضاء لا يستقيم الا على أساس القول بأن تصرف الشريك فى جزء مفروز يكون صحيحاً ولكن باعتباره تصرفاً فى حصة الشريك الشائعة وبالتالي يكون نافذاً فى حق باقى الشركاء . وقد سبق لنا انتقاد هذا رأى ؛ فنكتفى هنا بالتذكير بأن فيه ، هو ونتيجته المترتبة عليه من اعتبار المتصرف اليه فى الجزء المقرز شريكاً محل الشريك المتصرف ، مخالفة لصريح نص المادة ٢/٨٢٦ من التفتين المدنى الذى يقضى بأنه « إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » ؛ إذ معنى ذلك أن المتصرف وحده هو المتقاسم الذى تجرى القسمة بينه وبين باقى الشركاء ، لأنه - وليس المتصرف اليه - هو الذى يعتبر شريكاً (٢) .

(١) نقض ٢٨ يونية ١٩٥٦ سالف الذكر . وأنظر كذلك فى نفس المعنى : استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ سالف الذكر ، حيث يقرر الحكم « أنه وان كان من المبادئ القانونية اراجعة أن بيع الشريك على المشاع لقدر مفروز يعتبر معلقاً على نتيجة القسمة ، غير ان من الخطأ اعتبار حق المشتري من ذلك الشريك والذى سجل عقده قبل القسمة موقوفاً على الفترة بين تاريخ صدور البيع وبين اجراء القسمة . لأن المشتري - بتسجيله عقده - يصبح شريكاً لورثة من تاريخ التسجيل حتى مع التسليم بأنه ما كان للبائع أن يبيع فدرأ مفروزاً » .

(٢) أنظر فيما هناك من تعارض ، فى رأى بعض القائلين باعتبار مشتري الجزء المقرز مالكاً على الشيوع ، بين هذا القول وبين تحذهم فى نفس الوقت عن وقوع أو عدم وقوع المبيع فى نصيب **البائع** بالقسمة (أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣) ؛ إذ كيف يستقيم اعتبار المشتري هو الشريك واعتبار البائع هو المتقاسم ؟

ولذلك لم يعد مثل هذا القضاء مستقيماً مع أحكام التقنين المدني الحالي ، ولا مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سبق البيان ، فيجب العدول عنه .

وعلى هذا النحو ، إذا كان التصرف في الجزء المفروز بنقل الملكية ، فلا يحل التصرف اليه شريكاً محل الشريك المتصرف ، ولا يتقاسم الشيء الشائع بالتالي مع باقي الشركاء (١) ؛ وما ذلك الا النتيجة الطبيعية لعدم نفاذ التصرف في حقهم (٢) . ومعنى ذلك أنه لا يكون للمتصرف اليه حق رفع دعوى القسمة على باقي انشركاء بوصفه شريكاً، وانما يظل هذا من حق الشريك المتصرف ؛ ولا يجب على الشركاء الذين يرفعون دعوى القسمة اختصاصه فيها بوصفه متقاسماً ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا الوصف (٣) .

٣ - ما دام المتصرف انيه أو مشترى الجزء المفروز لا يصبح شريكاً لباقي الشركاء لعدم نفاذ التصرف أو البيع في حقهم بحيث يظل المتصرف أو البائع هو المعتبر شريكاً معهم ، فقتضى ذلك أنه إذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة في الشيء الشائع ، فليس لمشتري الجزء المفروز أو المتصرف اليه

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ج ١ ، ققرة ٩٣ ، ص ٢١٨ - عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ققرة ١٤١ ، ص ١٩٠ .

وقارن مع ذلك : سليمان مرقس ومحمد علي امام ، الموضع السابق - محمد علي عرفة ، ج ١ ، ققرة ٣٢٣ - عبد الرزاق السهوي ، الموضع السابق (ولكن يلاحظ أن منطق الأستاذ الجليل في اعتبار باقي الشركاء من الغير في بيع الشريك جزءاً مفروزاً بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا الجزء ، واعتبار هذا البيع نافذاً في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة فيه بحيث يحل المشتري محل البائع في هذه الحصة شريكاً في الشيوع ، انما يسلم منطقاً إلى وجوب عدم اعتبار المشتري متقاسماً مع باقي الشركاء الا فيما يتعلق بهذه الحصة الشائعة في الجزء المفروز المبيع لا فيما يتعلق بخصص باقي الشركاء فيه) .

(٢) قارن مع ذلك ما ينهب اليه البعض من عدم اعتبار مشتري الجزء المفروز متقاسماً حل أساس أنه ليس بمالك الاتحت شرط ، ولا يتحقق هذا الشرط الا إذا حصلت القسمة فأوقمت الحصة المبيعة في نصيب البائع (محمد كامل مرسى ، ج ٢ ، ققرة ١٠٨ ، ص ١٤٦) .

(٣) لكن يمكن لتصرف اليه - بوصفه **دائناً لا شريكاً** - أن يعارض في أن تم القسمة بينه تدخله ، بل ويجب على الشركاء ادخاله في دعوى القسمة إذا كان تصرفه مسجلاً قبل رفعها (أنظر : اسماعيل غانم ، ج ١ ، الموضع السابق ؛ وققرة ١٠٠ ، ص ٢٣١) .

به أن يطالب بوصفه شريكاً باستردادها (إذا كانت في متقول أو مجموع من المال طبقاً لأحكام المادة ٨٣٣) أو بأخذها بالشفعة (إذا كانت في عقار طبقاً لأحكام المادة ٩٣٦/ب) ؛ إذ الاسترداد أو الشفعة رخصة مقررة في هذا الصدد للشركاء في الشيء الشائع الذي يبعث حصه شائعة فيه ، وليس المتصرف اليه بجزء مفرز أو مشتريه بشريك في ملكية الشيء الشائع . وقد استقرت محكمة النقض على ذلك ، مقررة « أن من تلقى حصه مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه الا بسنده وفي حدوده ، أى باعتباره مالكاً ملكية مفرزة ... وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى . ذلك أن من تلقى حصه مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعاً .. ومن ثم تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع في العقار المبيع متعينة الرقص ، والنعى (على الحكم القاضى بذلك) بأنه أخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس » (١) .

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنية ؛ السنة الثانية رقم ٢١ ، ص ١٠٩ .

وقد أكدت محكمة النقض في حكم آخر من بعد استقرارها على هذا المبدأ في قضية كان مشتري الجزء المفرز قد عاد فاشترى حصتين شائعتين في الشيء الشائع وطالب شريك آخر بالأخذ بالشفعة ، فدفع دعواه بأنه بشره الجزء المفرز أولاً قد أصبح شريكاً في الشيء الشائع فيجب الشريك المطالب بأخذ الحصتين الشائعتين بالشفعة . ولكن محكمة النقض أيدت الحكم القاضى برقص هذا الدفع ، على أساس أنه لا يصحح شريكاً بمقتضى عقد بيع الجزء المفرز اليه (نقض ٢٥ يونيو ١٩٥٣ ، المرجع السابق ، السنة الرابعة ، رقم ١٩٠ ، ص ١١٨٧) .

ولكن محكمة النقض استندت في الحكمين المتقدمين فذكرت أن مشتري الجزء المفرز الذى لا يستطيع الأخذ بالشفعة بوصفه شريكاً يستطيع ذلك بوصفه جاراً ، مقررة أنه « لا يستطيع أن يجابه المشفوع منه الا بسنده وفي حدوده أى باعتباره مالكاً ملكية مفرزة ؛ ومن ثم فانه لا يكون له أن يشفع الا بصفته جاراً ملاصقاً . »

وليس من المفهوم أن يكون المقصود بذلك حالة ما إذا كان المشفوع فيه هو حصه شائعة مبيعة من أحد الشركاء الآخرين ، لأن بيع الجزء المفرز غير نافذ في حقهم ، فلا تكون ملكية المشتري لهذا الجزء ولا ما يترتب عليها من اعتباره جاراً ملاصقاً حجة عليهم بالتالى . وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى حل قول محكمة النقض على أنه انما يفترض أن الشركاء الآخرين قد أقرروا بيع الشريك للجزء المفرز بما يجعله نافذاً في حقهم ، إذ يحق للمشتري حينئذ الاحتجاج عليهم بملكيتهم لهذا الجزء والمطالبة بالشفعة على أساس أنه جار ملاصق (اسماعيل غانم ، هامش ٢ ص ١٩٩ ، =

==أنظر بقية الهامش ص ٢٠١). ولكن من الواضح أن اجازة أخذ مشري الجزء المفروز الحصنة الشاملة المبيعة بالشفعة بوصفه جاراً ملاصقاً في حالة اقرار باقي الشركاء عقده أمر بدئى لاختلاف عليه أمام ما للاقرار من أثر في جعل هذا العقد حجة عليهم بكل ما يترتب على ذلك من نتائج ، فلم تكن محكمة النقض بحاجة إلى استخلاص حكم كهذا هو تحصيل حاصل .

لذلك نعتقد أن قول محكمة النقض ان مشري الجزء المفروز لا يستطيع أن يشفع الا بوصفه جاراً ملاصقاً ، لا تبهر أهميته والحاجة إلى ذكره الا حيث يكون المشفوع فيه عقاراً آخر مجاوراً غير العقار الشائع الذى اكتسب هذا المشري ملكية جزء مفروز منه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش ص ٢٣٦) . ولا يمنع من ذلك ألا يكون في وقائع القضيتين المروضتين على محكمة النقض الصادر في شأنهما الحكمان المتقدمان ما يبرر تعرض المحكمة لشفعة مشري الجزء المفروز عند بيع عقار مجاور غير العقار الشائع ، فذلك من باب الاستطراد المناسب الذى كثيراً ما تجرى عليه محكمة النقض لتقرير بعض المبادئ الهامة في خصوص بعض المسائل المتصلة بالمسألة المروضة .

ويعترض بعض الفقهاء على هذا التأويل بأنه يجعل حق مشري الجزء المفروز قائماً في مواجهة الكافة غير باقي الشركاء ، وهم لا يوافقون أصلاً على قدرة التصرف في الجزء المفروز على توليد آثار عينية حتى فيما بين أطرافه ، فن باب أولى في مواجهة الكافة غير باقي الشركاء (أنظر : اسماعيل غانم ، هامش ص ٢٠٠) . ولكننا قد أبنا من قدرة التصرف في الجزء المفروز على توليد هذه الآثار العينية فيما بين أطرافه دون الاختصار على مجرد الآثار التراتمية الشخصية ؛ ويبدو أن محكمة النقض نفسها تقر ذلك في الحكمين المتقدمين بانكار حق مشري الجزء المفروز في الأخذ بالشفعة بوصفه شريكاً ، على أساس أنه لم ينطق من الشريك البائع الا ملكية مفروزة فحسب . والأصل أن الحق العيني إذا ثبت للشخص يكون حجة على الكافة ، الا أن يوجد مانع يحول دون ذلك بالنسبة إلى بعض الأشخاص ، مثل عدم نفاذ التصرف في مواجهة أشخاص معينين ، كما هي الحال في هذا الشأن حيث يكون التصرف في الجزء المفروز غير نافذ في حق باقي الشركاء . وحينئذ ينتج هذا المانع أثره ، ولكن في مواجهة من يتوافر في حقهم فحسب وهم باقي الشركاء . أما غيرهم من الكافة ، فيظل للحق العيني الثابت لمشري الجزء المفروز وجوده وحجته عليهم . ولذلك فإذا كان التصرف في الجزء المفروز ينتج آثاره العينية فيما بين أطرافه فيكسب المتصرف اليه الحق العيني - بذاته أو بالتسجيل على حسب الأحوال - على هذا الجزء ، فان هذا الحق العيني يكون حجة على الكافة غير باقي الشركاء لأنهم هم وحدهم الذين يتمتعون بنفاذ التصرف في حقهم .

أما ما يقال من أن الاعتراف بحق مشري الجزء المفروز في مواجهة الكافة غير باقي الشركاء يؤدي إلى صعوبات عديدة ونتائج شاذة في حالة تمدد تصرف أكثر من شريك في نفس الجزء المفروز (اسماعيل غانم ، الموضع السابق) ، فيتجاهل الواقع من أن التصرف في الجزء المفروز لا يعرض عملاً الا حيث يكون في ملكة الشريك المتصرف أو البائع تمكين المتصرف اليه أو المشري من وضع يده على الجزء المفروز خالصاً من مزاحمة الغير ، وهو ما يتحقق عادة حيث يكون الشركاء المشتاعون متباينين أصلاً مهياً مكانية تخصص كلا منهم بوضع يده على جزء مفروز والانضاع ==

==به دون مزاحمة الباقين ؛ وامام ذلك لاتكون صورة تصرف أكثر من شريك في نفس الجزء المفروز صورة عملية

ومع ذلك ، فلو امكن تصور تحقق هذه الصورة عملا ، فيتساءل هؤلاء الفقهاء عما إذا كان يجوز لكل من المشتريين لنفس الجزء المفروز أن يطلب الشفعة إذا ما بيع المقار المجاور . والواقع أنه يمكن أن تفرق حينئذ بين حالتين : فاما أن يتقدم هؤلاء المشترون وحدهم بطلب الشفعة في المقار المجاور ، وإما أن يتقدم معهم بطلبها بقيه الشركاء . ففي الحالة الأولى ، وكل من المشتريين يطالب بالشفعة على أساس أنه المالك الوحيد للجزء المفروز الملاصق ، يمكن القول بأن تعارض أسانيد الملك هنا يؤدي إلى تهاتراها ، خاصة وأنه لا يمكن المفاضلة بينهم لأنهم غير مشتريين من نفس الشخص ولكل من البائعين لم حق ملكية على كل الشيء الشائع بما فيه الجزء المفروز المبيع ؛ وهو ما يفيد المشقوق ضده فيستطيع دفع دعوى الشفعة لعدم ثبوت الملك لأحد من المشتريين أمام هذا التعارض المتأثر . وأما في الحالة الثانية ، حيث يزاسم باقي الشركاء (أو بعضهم أو أحدهم) مشتري الجزء المفروز في طلب الشفعة، فن حق هؤلاء الشركاء بهذه المناسبة تأكيد حقوقهم الشائعة في الجزء المفروز نتيجة عدم نفاذ البيوع الواردة عليه في حقهم وطلب استبعاد هؤلاء المشتريين بالتالي ، ومن شأن ذلك تغليب حق الشركاء والاعتراف لهم وحدهم بالأخذ بالشفعة دون المشتريين .

المبحث الثاني

مصير التصرف بعد القسمة

١٢ - تمهيد :

أياً كان التكييف الذى يعطى قبل القسمة لتصرف الشريك فى جزء مفرز من الشيء الشائع ، فلاشك فى أهمية عملية القسمة ونتيجتها فى تحديد مصير هذا التصرف نهائياً . وإذا كان للقسمة هذا الأثر البالغ فى تحديد مصير مثل هذا التصرف ، الا أن المتصرف اليه - ولو كان التصرف بنقل الملكية - لا يعتبر طرفاً فيها سواء أجريت اتفاقاً أو قضاءً ، لأن أطراف القسمة هم الشركاء ، وليس من شأن هذا التصرف احلاله شريكاً محل الشريك المتصرف كما سبق البيان . ولكن المتصرف اليه ، سواء كان التصرف بنقل الملكية أو بتقرير حق عيى آخر ، يعتبر دائماً للشريك المتصرف ، فيجب ادخاله بهذا الوصف وحده فى اجراءات دعوى القسمة (١) فى حال معارضته

(١) واضح من نص المادة ١/٨٤٢ من التقنين المدنى أن وجوب ادخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم قاصر على القسمة القضائية وحدها . أما القسمة الاتفاقية ، فليس الدائنين أن يطلنوا فيها الا بطريق الدعوى البوليصة (المذكورة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ١٢٠) . وهذا هو ما يستقر عليه جمهور الفقهاء (فى هذا المحل : محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٣٠ ، ص ٤٤٠ - عبد المنعم اليدرأوى فقرة ١٥٨ ، ص ١٩٠ - عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٥٤ ، ص ٢٣٣ - كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٢٦ ، ص ٣٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة ، ج ١ ، فقرة ١٤٤ ، ص ١٩٦) .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن واجب ادخال الدائنين المعارضين ينصرف كذلك الى القسمة الاتفاقية ، وان كانوا يسلون بأن واجب ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم دون توقف على معارضة من جانبهم قاصر على القسمة القضائية وحدها (اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ و ٢٣٣) .

واذا كان مبنى هذا الرأى هو انعدام المبرر المعقول لتفرقة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية فى هذا الشأن ، فان ذلك يمكن أن ينهض فى الواقع مبرراً لانتقاد النص والمطالبة بتعديله ، ولكنه لا يصلح سنداً للخروج عليه (قارن : عبد المنعم فرج الصدة ، للموضع السابق) . =

أو شهر حقه قبل رفع الدعوى (م ١/٨٤٢ مدني) ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقه .

وقبل أن نعرض لحكم ومصير التصرف في الجزء المفروز بعد اجراء القسمة في التقنين المدني الحالي ، وهو ما يعنينا أساساً ، يجب أن نعهد لذلك — كما مهدنا في شأن حكم هذا التصرف قبل القسمة — ببيان مصيره في القانون الفرنسي وفي القانون المصري في ظل التقنين المدني القديم .

١٣ - مصير التصرف في القانون الفرنسي :

إذا كان الخلاف قائماً في القانون الفرنسي حول حكم تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء الشائع قبل القسمة على النحو الذي بيناه ، فلا خلاف على مصير هذا التصرف بعد القسمة . ذلك أن المادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي تقضي بأن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده وفي الحال كل الأشياء التي يتضمنها نصيبه المقسوم أو التي آلت اليه بالتصفية ، وأنه لم تكن له أبداً ملكية بقية أشياء التركة . وبناء على هذا النص الذي يقرر الأثر الكاشف للقسمة ويعطيها أثراً رجحياً كذلك ، يستقر الرأي في القانون الفرنسي على أن مصير التصرف في الجزء المفروز من الشيء الشائع يتحدد تبعاً لنتيجة القسمة على النحو التالي :

١ - يتأكد التصرف ويستقر نهائياً على ذات محله إذا أوقعت القسمة

== فضلاً عن أن هذا الرأي لم يستطع الوصول إلى تسوية كاملة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية ، حيث ما يزال يسلم بأن وجوب ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم دون معارضة من جانبهم قاصر على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية زوالاً على صريح عبارة النص بأن المقصود هؤلاء الدائنين أولئك «المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة» ، وذلك رغم افتقار المبرر المعقول — في ضوء هذا الرأي — للتفرقة بين نوعي القسمة في هذا الشأن كملك .

فنص المادة ١/٨٤٢ ، فيما يفرضه من وجوب ادخال الدائنين المعارضين والمقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، قاصر اذن — في صيغته الراهنة — على القسمة القضائية وحدها دون القسمة الاتفاقية ؛ وإن كان ذلك لا ينفي أن حكمه قد يكون محللاً للنظر .

لشريك المتصرف الجزء المفرز المتصرف فيه (١). فلا يستطيع المتصرف اليه إذن المطالبة بعد القسمة بإبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك ؛ فان الحق في المطالبة بالإبطال الذي يثبت له قبل القسمة — سواء بالنسبة لحصص باقي الشركاء في الجزء المتصرف فيه ، أو بالنسبة لكل هذا الجزء ، على حسب الأحوال — يتلشى بحصول القسمة وإيقاعها هذا الجزء في نصيب الشريك المتصرف (٢).

٢ — إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، يتأكد بصفة نهائية وقاطعة اعتبار التصرف صادراً من غير مالك . ومقتضى حكم التصرف في الجزء المفرز قبل القسمة من اعتباره — طبقاً للرأى السائد في القانون الفرنسي — تصرفاً في ملك الغير على الأكل فيما يوازي حصص باقي الشركاء ، ومقتضى الأثر الرجعي للقسمة الذي تقررته المادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي والذي يؤكد هذا الاعتبار بعد القسمة إذا لم يقسم الجزء المتصرف فيه للشريك المتصرف ، أن يظل للمتصرف اليه بعد القسمة الحق في طلب الإبطال ، ولكن على أن يصبح الإبطال للتصرف بكامله (٣) ، وذلك تطبيقاً لأحكام التصرف في ملك

(١) Boudant et Le Balle, t. V bis, Les successions ab intestat, 2^e éd., 1936, N° 738, (١) p. 421. — Boudant et De La Gressaye, op. cit., t. XI, N° 109, p. 77. — Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions, 2^e éd., 1956, Nos. 664, 667.

(٢) وكل هذا يفترض أن الإبطال لم يتقرر قبل إجراء القسمة . ولذلك فرفع المتصرف اليه الدعوى يطلب الإبطال قبل القسمة ، لا يحول دون تأكيد التصرف واستقراره نهائياً على نفس محله طالما أن القسمة أجريت قبل إصدار الحكم في هذه الدعوى وأوقعت الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف (في هذا المعنى :

Aubry, Rau et Esmein, op. cit., t. V, N° 351, note "57", p. 43. — Encyclopédie Dalloz, t. V., V. vente, No. 374, p. 618.)

(٣) فالإبطال الجزئي قبل القسمة في شأن حصص باقي الشركاء وحدها ، يتحول بعد القسمة الى إبطال شامل لكل الجزء المفرز المتصرف فيه نتيجة إيقاعه بالقسمة في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . (أنظر : Encyclopédie Dalloz, t. V, V. Vente, No. 376, p. 618.)

الغير (١). ويكون للشريك المقسوم له الجزء المفروز المتصرف فيه الحق في المطالبة باسترداده من تحت يد الشريك المتصرف أو المتصرف إليه .

١٤ - مصير التصرف في التفتين المدني المصري القديم :

سبق أن رأينا الخلاف القائم في القانون المصري في ظل التفتين المدني القديم حول حكم تصرف الشريك في الجزء المفروز قبل القسمة ، وتراوح القول بين قابلية التصرف للإبطال لصدوره من غير مالك وبين تعليقه على نتيجة القسمة ؛ وهذا الرأي الأخير كان هو الرأي الراجح كما سبقت الإشارة . وعلى أي حال ، فأيا كان الخلاف حول تكييف وحكم التصرف قبل القسمة ، فلم يثر خلاف حول تحديد مصيره بعد القسمة . ومرجع ذلك فكرة الأثر

(١) أنظر في ذلك خاصة قول «بيدان» و«لاجريساي» :

“Si .. par l'effet du partage, le bien vendu est mis tout entier dans le lot d'un cohéritier du vendeur, la vente sera désormais assimilable, purement et simplement à la vente d'une chose d'autrui non indivise”. (Beudant et De La Gressaye, *ibid.*).

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى القول بأن التصرف أو حق المتصرف اليه ينعدم أو يخفى (أنظر خاصة :

Beudant et Le Balle, t. V bis, i *bid.* — Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, No. 664. — Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après Le Traité de Planiol*, t. IV, 1959, Nos. 3158, 5159, 3162. — Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1949, No. 166, p. 228; No. 177, p. 245).

ويبدو أن القائلين بذلك ينساقون - عن قصد أو عن غير قصد - وراء التصور القديم المستند الذي يعتبر تصرف الشريك في جزء مفروز معلقاً على شرط واقف هو وقوع الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ؛ بحيث إذا تخلف الشرط بوقوع هذا الجزء في نصيب شريك آخر اعتبر أن التصرف لم يوجد أصلاً منذ الابتداء . والواقع أن منطق الرأي السائد في القانون الفرنسي من اعتبار التصرف قابلاً للإبطال قبل القسمة على أساس صدوره من غير مالك ، يقتضي استمرار وتأكد القابلية للإبطال - فيما بين أطراف التصرف ولمصلحة المتصرف إليه - بعد القسمة إذا أوقعت الجزء المفروز المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف ، دون حاجة الى القول بانعدام التصرف أصلاً منذ البداية (أنظر كذلك في انتقاد فكرة التعليق على الشرط عموماً ، وخاصة من حيث أثرها بعد القسمة :

Lebret, *Du sort des droits consentis sur des biens indivis*, *Revue critique de législation et de Jurisprudence*, 1928, pp. 407 et s. v., pp. 419 — 422).

الرجعي للقسمة التي كان يقررها المشرع المصري أخذاً عن القانون الفرنسي ، فقد كانت المادة ٤٥٧ من التقنين المدني الأهلي (١) القديم تنص على أن « كل حصة وقعت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي قسمت ».

فصير التصرف بعد القسمة كان يتحدد اذن تبعاً لنتيجتها ووفقاً لأثرها الرجعي ، اما بتأكيد صدوره أصلاً من مالك ، واما بتأكيد صدوره أصلاً من غير مالك . فاذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، صح التصرف ونفذ نهائياً على نفس محله باعتباره صادراً أصلاً من مالك (٢) . أما اذا لم توقع القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف وانما أوقعته لشريك آخر غيره ، فيتأكد صدور

(١) كان التقنين المدني المختلط صريحاً في نفي الأثر الكاشف عن القسمة واحتياؤها ناقلة لحق كل متقاسم ، اذ كان ينص في المادة ٥٥٥ منه على أن « قسمة المال حينما تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . ورغم صراحة هذا النص في اعتبار القسمة ناقلة لحق المتقاسم ، الا أن القضاء المختلط لم يلبث أن استقر على الخروج على حكمه واعتبار القسمة - كما هو مقرر في التقنين الأهلي - كاشفة لهذا المانع ، بدعوى أن المشرع المصري لم يقصد مخالفة القانون الفرنسي في هذا الشأن (أنظر في ذلك : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، ١٩٤٩ ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٦٥) .

(٢) ومع ذلك ، فقد ذهب حكم فريد لمحكمة الاستئناف المختلطة (١٠ مارس ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩١ ، ص ٩١) الى عكس ذلك ، معتبراً أن التصرف يكون من قبل القسمة باطلاً بطلاناً مطلقاً بحيث لا يصححه من بعد وقوع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف بالقسمة ، وهذا نص عبارته في هذا الشأن :

“La nullité radicale de la vente d'un bien divis avant le partage, ne permet pas sa validation ultérieure par le partage, dans le cas où celui ci attribuerait au vendeur la partie divisée qui aurait fait l'objet de l'aliénation”.

وظاهر ما في هذا الحكم من شذوذ ومخالفة للسلم في القواعد العامة كما سبق أن بينا ؛ فتحق لو سلمنا بما ينهض إليه هذا الحكم من اعتبار تصرف الشريك في الجزء المفرز قبل القسمة تصرفاً في ملك الغير ؛ لكان التصرف قابلاً للإبطال لا باطلاً بطلاناً مطلقاً ؛ وفضلاً من ذلك ، فمن المسلم أن التصرف في ملك الغير يتقلب صحيحاً في حق المتصرف اليه اذا آلت ملكية الشيء المتصرف فيه الى المتصرف من بعد .

التصرف أصلاً من غير مالك . ومقتضى ذلك اجراء أحكام التصرف في ملك الغير عليه بعد القسمة في العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه ، ويكون ذلك مجرد استمرار للحكم الأصلي المعطى للتصرف قبل القسمة في الرأي الذي كان يعتبره تصرفاً في ملك الغير ، بينما يكون جلاء لحكم التصرف الذي كان موقوفاً في فترة الشيوع في الرأي الراجع الذي كان يتمتع عن الحكم على التصرف انتظاراً لوقوع القسمة وما تسفر عنه من نتيجة ؛ فيكون للمتصرف اليه اذن حق ابطال التصرف بعد القسمة اذا أوقعت الجزء المتصرف فيه في غير نصيب الشريك المتصرف (١) . ويكون التصرف غير نافذ في حق

(١) في هذا المعنى :

البلينا الجزئية ١٩ أغسطس ١٩٢٠ ، المحاماة ، ص ١ ، رقم ٦٧ ، ص ٣٥٤ . - استئناف مختلط ٢٤ فبراير ١٩٣١ ، جازيت ٢٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ ، حيث يقرر الحكم مايل :

“La validité de la vente consentie avant le partage, par un copropriétaire sur un bien divis et déterminé, reste soumise aux résultats du partage ultérieur : si le bien est attribué à d'autres copropriétaires que le vendeur, ceux-ci seront en droit de demander la nullité de la vente”.

وقارن مع ذلك : أجا الجزئية ٢٥ مارس ١٩٢٥ ، المحاماة ، ص ٥٠ ، رقم ٥٦٩ ، ص ٦٩٥ ، الذي يقرر أن الشريك على الشيوع اذا باع نصيبه مفروزاً كان بيده معلقاً على شرط توقيفي . فاذا وقعت العين المبيعة في نصيب البائع نفذ البيع وجرى حكمه من تاريخ التعاقد ، اما اذا لم يتحقق الشرط بان وقعت العين البيعة في نصيب شريك غير البائع لم يقع البيع . وظاهر أن هذا الحكم يتأثر ببعض ما يوجد في القانون الفرنسي من آراء ، سبق انتقادها ، تعتبر التصرف معلقاً على شرط واقف . وهو يخلط على أي حال بين تعليق التصرف على شرط واقف ووقوع الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف وبين ما كان يقصده الرأي الراجع في ظل التقنين المدني القديم من اعتبار التصرف موقوفاً أو معلقاً على نتيجة القسمة بمعنى عدم البت في صحته أو ابطاله الا بعد القسمة وتبهماً لتجنبها ، رغم ما هنالك من فارق كبير بين التصويرين ؛ حيث يترتب على التصوير الأول انعدام التصرف أصلاً نتيجة تخلف الشرط بوقوع الجزء المفروز المتصرف فيه في غير نصيب الشريك المتصرف ، بينما يترتب على التصوير الثاني اعتبار التصرف تبهماً نتيجة القسمة هذه قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف اليه باعتبار ما تبين بالقسمة من صدور التصرف من غير مالك .

الشريك الآخر المقسوم له الجزء المقرز المتصرف فيه، فيملك رفع دعوى الاستحقاق بعد القسمة (١) مطالباً باسترداده .

١٥ - نظرة تقديرية على أحكام مصر المتصرف في القانون الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى القديم :

إذا استبعدنا الفرض الذى توقع القسمة فيه للشريك المتصرف الجزء المقرز المتصرف فيه باعتبار أن ما يترتب عليه من تأكيد التصرف واستقراره نهائياً على ذات محله هو المصير الطبيعى المسلم للتصرف ، فيتعين مناقشة وتقدير الرأى السائد فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم فى شأن مصير هذا التصرف فى الفرض الثانى حيث توقع القسمة الجزء المقرز المتصرف فيه فى غير نصيب الشريك المتصرف .

ونراعى بداية أن تحديد مصير التصرف بعد القسمة فى هذا الفرض على النحو الذى بيناه ، إنما أسند أساساً إلى فكرة الأثر الرجعى للقسمة ؛ إذ بنى على الأخذ بظاهر هذه الفكرة أن التصرف الذى وقع محله بالقسمة فى نصيب غير المتصرف يعتبر كأنما كان صادراً منذ البداية من غير مالك ، وبالتالي يكون للمتصرف اليه بعد القسمة المطالبة - وفقاً لأحكام التصرف فى ملك الغير - بإبطال التصرف ، سواء كان عالماً أو جاهلاً بحقيقة ملكية المتصرف الشائعة .

ودون حاجة إلى الدخول فى مناقشة فكرة الأثر الرجعى للقسمة وبيان انعدام جدواها فى تحقيق الغرض المقصود منها (٢) - إذ يتجاوز ذلك نطاق

(١) سبق أن أشرنا الى أن محكمة النقض كانت ترفض اعطاء باقى الشركاء المطالبة بالاستحقاق فى الجزء المقرز المتصرف فيه أثناء قيام الشيوع، وتعلق وقت هذه المطالبة بتحديد صاحب الحق فيها على القسمة ونتيجتها ، إذ كانت تقرر أنه «ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق فى المبيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب البائع لذلك المشتري » (نقض ١٦ يونيو ١٩٣٢ مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٨ ، ص ١٣١) .

(٢) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، فقرة ١٣١ ، ص ٣٨٧ - ٤٠٢ . - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرات ١٣٠ - ١٣٣ ، ص ٢٩٣ - ٣٠٩ . - عبد المنعم فرج الصلة ، ج ١ فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

البحث الذى نتناوله، سيكفى أن نراعى فحسب أن الأثر الرجعى للقسمة - حتى مع التسليم بوجوده - ليس مطلقاً ، وإنما هو يفسر تفسيراً ضيقاً بما يجعله مقصوراً على حدود الغرض من تقريره وهو مجرد حماية كل متعام فيها أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة ، بحيث لا يجب الاعتراف للقسمة بأى أثر رجعى فيها وراء هذا الغرض (١) . ولذلك إذا أمكن فى هذه الحدود فهم أعمال الأثر الرجعى فى شأن تحديد مصير تصرف الشريك فى الجزء المفرز فى مواجهة الشريك الآخر الذى أوقعت القسمة هذا الجزء فى نصيبه ، وذلك تأكيداً لحماية حقه عليه خالصاً من هذا التصرف ، فليس من المفهوم مد الأثر الرجعى للقسمة فيما بين أطراف التصرف أنفسهم واعتبار المتصرف غير مالك منذ البداية واعطاء المتصرف اليه بالتالى حق المطالبة بإبطال التصرف بعد القسمة على هذا الأساس ، إذ يجاوز ذلك كله الغرض من تقرير الأثر الرجعى للقسمة بمدّه إلى ما لا تستلزمه حماية المتعام المقسوم له الجزء المفرز المتصرف فيه (٢) . فحمايته مكفولة كما رأينا عن طريق اعتباره أن التصرف لم يوجد أبداً تطبيقاً للأثر الرجعى للقسمة فى مواجهته ، لا يؤثر فيها - نقضاً أو نفيًا - الحكم والمصير المعطى للتصرف فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه على أى نحو كان . ولذلك يكون فى اعطاء المتصرف اليه بعد القسمة حق المطالبة بإبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك مجاوزة للحدود المسلمة للأثر الرجعى ، وأعمال له فى غير ما شرع له دون حاجة تدعو إلى ذلك .

(١) فى هذا المعنى :

Colin, Capitant et De La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. 111, No. 1146. — Jossier, Cours de droit civil français, t. 111, No. 1190, — Beudant et Le Balle, t. v. bis., No. 731.

محمد على عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٣٣ ، ص ٤٤٥ و ٤٤٦ و ٤٤٨ .

(٢) أنظر كذلك فى تقرير صحة التصرف فيما بين أطرافه مهما تكن نتيجة القسمة وعدم أحقية المتصرف اليه فى المطالبة بإبطاله على أساس هذه النتيجة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse Paris, 1932, pp. 220, 221 et 242.

وإذا كان الرأي قد استقر رغم ذلك على هذا الحكم في القانون الفرنسي وفي القانون المصري في ظل التقنين المدني القديم ، فرجع ذلك التأثير بالتمييز المعطى فيهما لتصرف الشريك في الجزء المقرز قبل القسمة . فاعتبار التصرف قبل القسمة صادراً من غير مالك على الأقل فيما يوازي حصص باقي الشركاء في الجزء المقرز المتصرف فيه وفق الرأي السائد في القانون الفرنسي ، كان منطقياً أن ينتهي إلى تأكيد هذا الاعتبار من باب أولى بعد القسمة إذا أوقعت الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف ، وإلى مده إلى كامل هذا الجزء كذلك . وكان منطقياً كذلك في التقنين المدني المصري القديم ، والرأي الراجح فيه هو اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة لا تعرف صحته وصدوره من مالك أو قابليته للإبطال لمصلحة المتصرف إليه لصدوره من غير مالك إلا بالقسمة ، أن يعتبر التصرف بعد القسمة صادراً من غير مالك إذا أوقعت القسمة الجزء المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف .

ولكننا سبق أن انتقدنا تكييف التصرف قبل القسمة على هذا النحو أو ذاك ، لما فيه من تجاهل واضح للتمييز الصحيح لحق الشريك المشتاع . فقد رأينا أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية يرد على الشيء الشائع جميعه نتيجة اشتراك باقي الشركاء معه في هذا الحق كل بنسبة رمزية حسابية معينة لا يقابلها بعد جزء مادي مقرز مطابق من الشيء الشائع ، وبالتالي تنقيد مباشرة سلطات الشريك على هذا الشيء بما لباقي لشركائه في نفس الوقت من نفس السلطات على نفس الشيء . وهو ما يعني أن تصرفه بانفراذه في جزء مقرز من الشيء الشائع يكون تصرفاً صحيحاً وصادراً من مالك في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه ، ولكنه لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء . وهذا التكييف الصحيح هو الذي يجب أن يحكم التصرف قبل القسمة وبعدها على السواء . وهذا واضح في شأن عدم نفاذه في حق باقي الشركاء ، إذ يكون عدم النفاذ أوجب وأولى في حقهم بعد القسمة ، أو على وجه التحديد في حق من قسم له من بينهم الجزء المقرز المتصرف فيه ؛ ويستوى أن يسند ذلك إلى الأثر الرجعي للقسمة في مواجهة باقي المتقاسمين ، أو أن يسند - وهذا ما نفضله - إلى فكرة

عدم النفاذ (١) المبينة على ما في التصرف الانفرادى من جانب أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع من اضرار بباقي الشركاء واعتداء على ما لهم من سلطات مماثلة على الشيء الشائع ، خاصة مع تعزيز هذه الفكرة بطبيعة القسمة الكاشفة لا الناقلة التي لا تجعل المتقاسم المقسوم له الجزء المفرز فيه خلوفاً للشريك المتصرف عليه مما ينفي التزامه بالتصرف ويؤكد عدم نفاذه في حقه (٢) .

وبقاء التصرف صحيحاً لصدوره من مالك فيما بين أطرافه حتى بعد القسمة وايقاعها الجزء المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف واضح كذلك ، لأن العبرة في صحة التصرف تكون بوقت إبرامه وقد كان حينئذ صحيحاً لصدوره من شريك مشتاع له حق ملكية ترد على الشيء الشائع جميعه . وليس من شأن القسمة تغيير هذا الوضع (٣) وقلب التصرف الصحيح الصادر من مالك إلى تصرف قابل للإبطال صادر من غير مالك ، لأن ما ينسب اليها من أثر رجعي - حتى مع التسليم به - لا يجب أن يمتد إلى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه كما سبق البيان .

وعلى ذلك ، يجب أن يتحدد مصير التصرف بعد القسمة إذا أوقعت الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف - طبقاً للتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، ودون مغالاة في اعمال الأثر الرجعي للقسمة في غير الغرض المقصود منه - على النحو الذي تحدد به حكم هذا التصرف قبل القسمة :

(١) أنظر خاصة في هذه الفكرة والاستناد اليها بعد القسمة :

Lebret, article précité, pp. 418-431. — Chevallier, thèse précitée, pp. 219 et s., كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٩ و ٤٠٠ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٢٤ . ص ٢٧٧ و ٢٧٨ ؛ و فقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٥ - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٥ .

(٢) في هذا المعنى : Merle, thèse précitée No. 177, p. 246.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ - اسماعيل غانم ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المواضع السابقة .

(٣) في هذا المعنى : Chevallier, thèse précitée, p. 221.

(١) ففياً بين المتعاقدين ، يبقى التصرف صحيحاً وصادراً من مالك . فلا يتأتى للمتصرف اليه طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك ، وان أمكنه طلب ابطاله للغلط في حقيقة ملكية الشريك المتصرف طبقاً لحكم القواعد العامة في عيوب الرضا (١) . ولكن في غير حالة الغلط ، حيث لا يمكن ابطال التصرف ، وحيث يمتنع استمرار وروده على نفس المحل نظراً لتقسّمه لغير الشريك المتصرف ، يكون للمتصرف اليه حق طلب الفسخ (٢) طبقاً للقواعد العامة .

(٢) أما في مواجهة المتقاسم الذي قسم الذي له الجزء المفروز المتصرف فيه ، فيبقى التصرف بعد القسمة - كما كان أصلاً قبلها - غير نافذ في حقه ، فيعتبره غير قائم منذ البداية ، ويكون له رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده .

١٦ - مصر التصرف في التقنين المدني الحالي :

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع المصري كان قد هم في المشروع التمهيدى للتقنين المدني الحالي بمتابعة الرأي الراجح في ظل التقنين المدني القديم من اعتبار التصرف موقوفاً على نتيجة القسمة ، واعتباره بالتالى صادراً من غير مالك إذا أوقعت القسمة الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، فوضع نصاً بذلك يقضى بأنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفروز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر الا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك الذي صدر منه التصرف » .

(١) ويأخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء الفرنسيين على خلاف السائد في الفقه والقضاء الفرنسي ، أنظر خاصة قول « شيفالييه » ، الرسالة السالفة الذكر ، ص ٢٤٢ :

“L'acte accompli pendant l'indivision est valable quel que soit le résultat du partage, dans les rapports des parties, et c'est la raison pour laquelle le contractant avec qui le cohéritier a traité ne peut jamais demander l'annulation de l'acte .. Il faut toutefois tempérer ces principes par le jeu de la théorie de l'erreur”.

(٢) ولكن من الواضح أنه لا حاجة الى الفسخ اذا أمكن ورود حق المتصرف اليه على ما قسم للشريك المتصرف طبقاً لنظرية الحلول العيني ، أو اذا أمكن مباشرة هذا الحق اذا كان عينياً تبعياً على ما استحق للشريك المتصرف بالقسمة من ثمن بدل جزء مفروز من الثمن الشائع .

وكان معنى ذلك ، وهو ما تصرح به المذكرة الايضاحية لهذا النص (١) ، أنه « إذا لم يقع (هذا الجزء) في نصيبه ، عد التصرف صادراً من غير مالك وأخذ حكمه » ، بما يؤدي إلى تمكين المتصرف إليه في هذه الحالة من طلب ابطال التصرف بعد القسمة على أساس صدوره من غير مالك ، وذلك سواء كان عالماً حين التصرف أو غير عالم بأن المتصرف مالك على الشروع .

ولكن مشروع هذا النص ، وان جاء تعبيره عاماً يشمل كل أنواع التصرف ، الا أنه لم يكن ينصرف إلى الرهن الرسمي ، حيث وضعت له أحكام خاصة هي التي تتضمنها اليوم في التقنين الحالي المادة ١٠٣٩/٢ والتي تبقى على الرهن رغم وقوع الجزء المقرض المرهون بالقسمة في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ولكن مع ايقاعه على النصيب المقسوم للشريك الراهن . ولم يكن من المفهوم افراد الرهن وحده دون باقي التصرفات بهذا الحكم ، رغم أنه هو الحكم الصحيح المتفق مع التكيف الصحيح لحق الشريك المشتاع وللأثر الحقيقي للقسمة . لذلك لم تلبث لجنة المراجعة أن قررت حذف النص الخاص بتعليق التصرف على نتيجة القسمة ، ووضعت نصاً آخر للتصرف عامة يجارى الحكم الموضوع للرهن الرسمي ، هو النص الذي ظهر في التقنين الحالي في المادة ٨٢٦/٢ ، وهو الذي يقرر أنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف » . وبذلك أصبح نص المادة ١٠٣٩/٢ الخاص بالرهن الرسمي تطبيقاً خاصاً لهذا النص العام ، ولكن مع خلاف في بعض التفاصيل سوف نشير إليه من بعد ، إذ يقضى بأنه إذا « رهن أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من هذا العقار (الشائع) » ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدف ، ج ٦ ، ص ٨١ .

رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ... » .

وواضح من هذا التطور والتحول عند وضع النص الذي يحكم التصرف عامة في الجزء المفروز من الشيء الشائع ومصيره بعد القسمة ، أن المشرع - باستقراره على نص المادة ٢/٨٢٦ الحالي ، قد أظهر بوضوح عدوله عن الرأي السائد في ظل التقنين المدني القديم فيما يتعلق بمصير التصرف بعد القسمة من اعتباره قابلاً للإبطال لمصلحة المتصرف إليه على أساس صدوره من غير مالك إذا وقع الجزء المتصرف فيه بالقسمة لغير الشريك المتصرف ، وأخذه بالرأي الصحيح الذي بيناه وهو عدم تأثر مصير التصرف بنتيجة القسمة هذه واستمرار اعتباره صحيحاً صادراً من مالك في العلاقة بين طرفي التصرف ، وإن كان يورده على الجزء الذي قسم للشريك المتصرف بدل الجزء المتصرف فيه الذي قسم لغيره . وإذا كنا سوف نأخذ فيما يلي ببيان مصير التصرف بعد القسمة طبقاً لحكم هذا النص العام ولحكم نص المادة ٢/١٠٣٩ الخاص بالرهن الرمى ، فيجب أن ندخل في الحساب كذلك نص المادة ٨٤٣ من التقنين الحالي الذي يقضى بأن « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص » ، فانه يشير نفس المناقشات التي رأيناها حول مدى اعمال الأثر الرجعى للقسمة ، فضلاً عما يثيره من نقاش حول تعارضه مع حكم المادتين ٢/٨٢٦ ، و ٢/١٠٣٩ سالفتي الذكر .

وعلى أى حال ، فليبيان مصير التصرف في الجزء المفروز بعد القسمة ، نتبع هذا المصير - كما تتبعنا حكمه قبل القسمة - في العلاقة بين أطراف التصرف أولاً ، ثم في مواجهة المتقاسم الذي اختصته القسمة - دون الشريك المتصرف - بالجزء المفروز المتصرف فيه .

المطلب الأول

مصير التصرف في العلاقة بين أطرافه

إذا أجريت القسمة ، فهي إما أن توقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، وأما أن توقعه في نصيب شريك غيره . وواضح أن الفرض الأول لا يثير اشكالا ، حيث من المسلم أن المتصرف حينئذ يتأكد ويستقر نهائياً على ذات محله . أما الفرض الثاني الذي توقع القسمة فيه الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف ، فهو الذي يقتضي البحث وهو الذي تعرض المشرع لمواجهته وبيان حكمه في المادتين ٨٢٦ و ١٠٣٩/٢ من التقنين المدني .

١٧ - تأكد التصرف واستقراره على نفس محله إذا قسم للشريك المتصرف :

إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، فن الواضح أن التصرف يتأكد حينئذ ويستقر نهائياً على ذات محله . ويستوى في ذلك أن يكون المتصرف إليه عالماً أو غير عالم بأن المتصرف مجرد مالك على الشيوع . ففي حال جهله ذلك ، ورغم أن هذا الجهل يعتبر غلطاً بخول له قبل القسمة حق طلب ابطال التصرف على أساس عيب الرضا ، إلا أنه إذا لم يكن قد طلب الابطال أصلاً أو طلبه ولم يكن قد قضى به قبل اجراء القسمة ، فليس له أن يطالب به أو يستمر في دعواه بعد أن أوقعت القسمة نفس الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، حيث أنه « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ، ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذ أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ١٢٤ مدني) (١) .

(١) في هذا المعنى :

عهد المنعم البدر اوى ، فقرة ١٣٢ ، ص ١٦٣ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٦٨ . وقارن مع ذلك أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السهوري (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠٣) ، حيث يذهب الى تأسيس امتناع طلب الابطال هنا على أن المبيع ، بوقوعه بالقسمة في نصيب البائع ، يعتبر أنه كان ملوكاً له وقت البيع . ولكن هذا التأسيس قائم على الأثر الرجعي للقسمة حيث لا تدعو حاجة إليه ، إذ التصرف - في العلاقة بين المتصرف والمتصرف إليه - يكون منذ البداية صحيحاً وصادراً من مالك بمقتضى التكيف الصحيح لحق الشريك المشتاع كما سبق البيان .

١٨ - بقاء التصرف رغم قسمة محله لغير المتصرف صحيحاً وصادراً من مالك كما كان قبل القسمة :

سبق أن رأينا ، في انتقاد الرأي السائد في القانون الفرنسي وفي القانون المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم ، أن التصرف يجب أن يظل - رغم ايقاع القسمة الجزء المرفز المتصرف فيه لغير المتصرف - صحيحاً وصادراً من مالك فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه كما كان قبل القسمة ، إذ ذلك هو مقتضى التكيف الصحيح لحق الشريك المشتاع ومقتضى الاستبعاد الواجب للأثر الرجعى للقسمة - بفرض وجوده - فى العلاقة بين المتصرف والمتصرف اليه .

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك فى التقنين المدنى الحالى ، فلم يغير فى مصير التصرف بين أطرافه - رغم عدم وقوع الجزء المتصرف فيه بالقسمة فى نصيب المتصرف - عن حكمه فيما بينهما قبل القسمة من اعتباره تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك . وهذا واضح من أن نص المادة ٨٢٦/٢ من هذا التقنين لا يجيز للمتصرف اليه ، رغم نتيجة القسمة هذه ، طلب ابطال التصرف إلا على أساس الغلط ، ومن أنه يستبقى التصرف رغم وقوع محله بالقسمة لغير المتصرف ولكن مع ايراده هو وحق المتصرف اليه على النصيب المقسوم للمتصرف ؛ إذ لو كان من شأن نتيجة القسمة هذه التغيير فى حكم التصرف عما كان عليه قبل القسمة واعتباره على العكس صادراً من غير مالك ، لوجب تمكين المتصرف اليه من حق طلب ابطاله سواء كان جاهلاً أن الجزء المتصرف فيه مملوك للمتصرف على الشيوع أو عالماً بذلك ؛ ولما أمكن استبقاء التصرف وحمله على غير محله الأصيل عن طريق الحلول العينية .

ومن الواضح أن ابقاء المشرع - رغم نتيجة القسمة هذه - على التصرف وعلى تكيفه الأصيل قبل اقسمة كالتصرف صادر من مالك ، يعنى استبعاد أعمال الأثر الرجعى للقسمة المقرر بمقتضى المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى (١) ،

(١) راجع فى هذا المعنى ، فى التنازع القائم بين نص المادة ٨٢٦/٢ وكذلك نص المادة ١٠٣٩ من ناحية وبين نص المادة ٨٤٣ من ناحية أخرى ، وجوب ترجيح النص الأول : كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠٣ و ٤٠٤ و ٤٠٧ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٨ و ٣٠٦ .

على الأقل في العلاقة بين أطراف التصرف . وهو استبعاد واجب كما رأينا على أساس أنه ، حتى مع التسليم بالأثر الرجعي للقسمة ، فلا يجب اعماله الا فيما يحقق الغرض من فرضه أى في مواجهة المقسوم له الجزء المفروض المتصرف فيه الذى يراد بهذا الأثر حمايته من مثل هذا التصرف ، وليس فيما بين أطراف التصرف طالما أن التصرف - رغم استمرار صحته - يمتنع وروده على نفس محله الأصيل نتيجة قسمته لغير المتصرف .

والمرشح بتقريره الابقاء على التصرف وصحة صدورده من مالك رغم وقوع محله بالقسمة لغير المتصرف بناء على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع وعلى نفى الأثر الرجعي للقسمة - وهو محض افتراض - حيث لا حاجة أو حكمة من اعماله ، انما يقرر بذلك مبدأ عاماً هو أن تصرف الشريك في جزء مفروض من الشيء الشائع يكون فيما بين أطرافه - قبل القسمة ، ويظل بعدها وأياً كانت نتيجةها - تصرفاً صحيحاً صادراً من مالك . ومقتضى ذلك أن مصير التصرف بعد القسمة على هذا النحو ، لا يعتبر استثناء يراد به التضييق من دائرة ابطال التصرف على أساس صدورده من غير مالك كما يذهب بعض الفقهاء (١) . فلا يتأتى إذن للمتصرف اليه طلب ابطاله على أساس صدورده من غير مالك في الحالات التي لا يمكن فيها اعمال الحلول العيني (٢) ، وان أمكنه طلب الفسخ .

(١) سليمان مرتس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٦ - عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٥٧ .

(٢) قارن مع ذلك ما يلعب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرتس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٧ ، ص ١٩٣) من أنه اذا لم يخرج الشريك المتصرف بعد القسمة الا بمبلغ من النقود ، فيكون للمتصرف اليه - في غير حالة التصرف بالرهن - طالب ابطال التصرف على أساس أنه تصرف في ملك الغير . ولكن فضلاً عما في هذا الرأي من خروج على المبدأ المستخلص من نص المادة ٢/٨٢٦ من عدم تأثر التصرف بنتيجة القسمة وبقائه معتبراً صادراً من مالك ، ففيه مخالفة لتكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ومخالفة في اعمال الأثر الرجعي للقسمة فيها بما يوازي الغرض منه .

وتترتب على بقاء التصرف فيها بين أطرافه صحيحاً وصادراً من مالك ،
رغم وقوع محله بالقسمة لغير الشريك المتصرف ، آثار هامة نعرض لها فيما
يلي :

١ - امتناع ابطال التصرف بدعوى صدوره من غير مالك ، وامكان
ابطاله للغلط : إذا كان التصرف في الجزء المقرز يبقى معتبراً صحيحاً وصادراً
من مالك رغم وقوع هذا الجزء بالقسمة لغير الشريك المتصرف كما رأينا ،
فقتضى ذلك أساساً استبعاد خضوع هذا التصرف بعد القسمة ورغم نتائجها
هذه لأحكام التصرف في ملك الغير التي تعطي المتصرف اليه ، بصرف
النظر عن وقوعه أو عدم وقوعه في الغلط بشأن ملكية المتصرف ، الحق في
طلب ابطال التصرف لمجرد صدوره من غير مالك .

وقد أكد المشرع هذا الاستبعاد بنصه في المادة ٢/٨٢٦ على أن
« للمتصرف اليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف
فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف » ، إذ أن حرصه على النص على اقامة
الابطال على أساس الغلط هنا - رغم أنه مقتضى القواعد العامة - فيه نفى لامكان
الابطال على أساس صدور التصرف من غير مالك . وعلى ذلك إذا قسم
الجزء المقرز المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف ، فلا يملك المتصرف
اليه المطالبة بالابطال أصلاً إذا كان عالماً بأن المتصرف يملك هذا الجزء
على الشيوع ؛ بينما يملك المطالبة بالابطال على أساس الغلط إذا كان جاهلاً
أن المتصرف يملك هذا الجزء على الشيوع . وهذا الحكم المقرر بمقتضى المادة
٢/٨٢٦ حكم عام ينصرف إلى كل أنواع التصرف في جزء مفرز من الشيء
الشائع ، فينصرف إلى الرهن الرضائي رغم أن المادة ٢/١٠٣٩ التي تعرضت
لمصير رهن الجزء المقرز لم تذكر هذا الحكم ، إذ لم تكن بحاجة إلى تكراره
في هذا الخصوص وهو مذكور بعمومه في المادة ٢/٨٢٦ (١) . وعلى هذا

(١) في هذا المعنى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٣ ،
فقرة ١٠٧ : متن وهامش (١) ص ٦٤ - اسماعيل غانم ، هامش (٢) ص ٣٠٧ - شمس الدين الوكيل
نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٤٥ ص ١١٣ .
وقارن : سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ١٩٥١ ، فقرة ٤٩ ، ص ٧٣ و ٧٤ .

النحو ، تنبغى التفرقة بين حالة علم المتصرف اليه بأن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفترزة وحالة جهله بذلك .

١ - إذا كان المتصرف اليه يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفترزاً وانما يملكه على الشبوع ، فليس له أن يطلب ابطال التصرف أصلاً ، رغم ما أسفرت عنه القسمة من ايقاع هذا الجزء في غير نصيب الشريك المتصرف . فهو لا يملك طلب ابطاله على أساس الخلط ، إذ هو على بينة من حقيقة الوضع . ولا يملك كذلك طلب ابطاله على أساس صدوره من غير مالك ، إذ المشرع صريح في ايراد التصرف على محل آخر هو المحل المقسوم للمتصرف ، مما يعنى استبقاء التصرف وعدم ابطاله بسبب عدم وقوع المحل الأصلي المتصرف فيه بالقسمة في نصيب المتصرف ؛ كما هو صريح في عدم التمكين من ابطال التصرف الا لسبب جهل المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة ، مما يعنى نفى اعمال الأثر الرجعى للقسمة في هذا الشأن واستبعاد تطبيق أحكام التصرف في ملك الغير رغم نتيجة القسمة المخالفة .

وإذا كان لاختلاف على امتناع ابطال التصرف من قبل المتصرف اليه بدعوى صدوره من غير مالك رغم نتيجة القسمة المخالفة كما تقضى بذلك المادة ٢/٨٢٦ ، الا أن بعض الفقهاء ما يزال يعتقد أن المشرع - بتقريره مبدأ الحلول العيني بإيراد التصرف على المحل المقسوم للمتصرف بدل محله الأصلي - قد أزال عيب التصرف في ملك الغير ، وسلب المتصرف اليه الذي كان يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه مفترزاً حقه في ابطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك (١) . ولكن هذا الرأي يفترض ما سبق لنا رفضه من اعتبار تصرف الشريك في جزء مفترز تصرفاً في ملك الغير منذ الأصل . وهو يخرج - فضلاً من ذلك - على ما يقتضيه منطقته من جوب تطبيق أحكام تصحيح التصرف في ملك الغير وازالة عيبه ؛ فهذه الأحكام تقضى بانقلاب التصرف صحيحاً إذا أصبح المتصرف مالكا

(١) سليمان مرقس ومحمد علي امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٧ .

للمتصرف فيه من بعد ، ولكنها لا تقضى بانقلابه صحباً إذا أصبح المتصرف مالكاً لشيء آخر يمكن أن يحل محل المتصرف فيه . فليس الحلول العيني الذي قرره المشرع اذن وسيلة لازالة عيب التصرف في ملك الغير وتصحيح تصرف الشريك في الجزء المفروز بعد أن كان قابلاً للإبطال على هذا الأساس (١) ، وانما هو وسيلة للإبقاء على تصرف هذا الشريك الصحيح منذ الأصل لصدوره من مالك ، بعد أن استحال بالقسمة استمرار وروده على الجزء المفروز المتصرف فيه عن طريق حمله على الجزء الذي أوقعته القسمة للشريك المتصرف .

٢ - إذا كان المتصرف يجهل أن المتصرف مجرد مالك على الشبوع ويعتقد أنه مالك للجزء المفروز المتصرف فيه وحده ملكية خالصة دون شريك ، فقد رأينا أن ارادته تكون مشوبة بغلط جوهري يحول له حق طلب ابطال التصرف للغلط قبل القسمة ؛ ويظل هذا الحق قائماً بعد القسمة ، إذا لم توقع الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف . فاذا لم يطلب

(١) ولعل ذلك هو الذي دعا أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السهري - رغم أنه من القائلين بأن بيع الشريك الجزء المفروز يتضمن بيعاً ملك الغير في الأصل (الوسيط، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠) - إلى محاولة تبرير منع المشتري من طلب الإبطال إذا أوقعت القسمة الجزء المفروز المبيع في نصيب شريك آخر غير الشريك البائع ، على أساس أنه يعلمه أن البائع لا يملك كل الجزء المفروز المبيع يكون قد ارتضى شراء ما استركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة (المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ ، متن وهاش (٢) ص ٣٠١) . فهو يتضادى بذلك القول بأن الحلول العيني يصبح عيب بيع ملك الغير ، خلا له على إرادة مفترضة للمشتري تبرير اعماله . ولكنه تبرير غير مقنع وعمل للنظر بدوره كما سبق البيان . فضلاً عن أن القول برضاء المشتري شراء ما استركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة - يصرف النظر عن تنافيه مع نفعة البداية من اختيار البيع بيماً لما يملك الشريك البائع بقدر حصته في المبيع ولما لا يملك بقدر حصص باقي الشركاء فيه - يجعل البيع وارداً في الواقع على حصة شائعة لا على جزء مفروز ، ويلحق حينئذ بالرأى القائل بذلك والسابق انتقاده ، ويجعل ورود البيع بعد القسمة على ما قسم للشريك البائع هو الأثر الطبيعي للقسمة وليس نتيجة الحلول العيني .

(أنظر كذلك في انتقاد هذا الرأي : اسماعيل غانم ، ج ١ ، هاش (٢) ، ص ١٧٣ و ١٧٤).

الابطال ، ورد حق المتصرف اليه على الجزء الذي آل إلى المتصرف بالقسمة
اعمالاً لفكرة الحلول العيني (١) .

٢ - عدم صلاحية التصرف لأن يعتبر سبباً صحيحاً : سبق أن عرضنا
للرأى القائل بأن تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة يصلح سبباً
صحيحاً ، واثبتنا إلى رفضه على أساس أنه تصرف صادر من مالك . وهذا
الاعتبار يقتضى كذلك رفض صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً حتى بعد
القسمة وعدم ايقاعها الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف ، إذ
سبق أن بينا أن هذا التصرف يظل فيما بين أطرافه معتبراً - رغم نتيجة القسمة
هذه - تصرفاً صادراً من مالك .

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من تأسيس ذلك على فكرة تحول التصرف ،
إذ يرون أن التصرف يكون في الأصل باطلاً بطلاناً مطلقاً للفعل في ذاتية الشيء المتصرف فيه ،
فاذا سكت المتصرف اليه عن التمسك بالبطلان بعد وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب
الشريك المتصرف اعتبر سكوته قبولا بتحول التصرف الباطل (سليمان مرقس ومحمد علي امام
الموضع السابق) .

وظاهر بداهة ما في هذا الرأى من مخالفة لصريح نص المشرع على أن «التصرف اليه ، إذا
كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف» ،
ما ينفي مطلقاً فكرة البطلان المطلق . فضلاً عن أن فكرة تحول التصرف إنما تقوم على استبدال عقد
جديد بعقد قديم دون ادخال أى عنصر جديد ، ولكن مع تكييف عناصر العقد القديم تكييفاً
قانونياً غير التكييف الأول (عبد الرزاق السهوى ، ج ١ ، فقرة ٣٠٧ ، وهامش ص ٥٠٢) ؛
وليس الحال كذلك في هذا الوضع ، حيث يحصل دخول عنصر جديد نتيجة تغيير المحل (أنظر
كذلك في الاختراص على هذا الرأى ، عبد الرزاق السهوى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ١ ،
ص ٣٠٣) .

لذلك يذهب بعض آخر من الفقهاء إلى تأسيس آخر يقوم على فكرة اجازة المتصرف اليه
للمقد القابل للابطال (عبد الرزاق السهوى ، الموضع السابق) . ولكن الواقع أن الأصل هو
وجوب اعمال الحلول العيني إذا لم يقع الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف
بالقسمة ، وذلك دون تفرقه بين حالة علم المتصرف اليه بملكية المتصرف الشائعة وحالة جهله
بذلك . وهذا هو مقتضى نص المادة ٢/٨٢٦ الذى عني أولاً بالنص على اعمال فكرة الحلول
العيني بصيغة مطلقة دون تفرقة بين الحالتين ، ثم أردف ذلك باطشاء المتصرف اليه الواقع في الفعل
الحق في ابطال التصرف . فاذا سكت المتصرف اليه عن طلب الابطال ، فيكون قد تنازل عن
حقه في منع اعمال الأصل القاضى بالحلول العيني ، فيسترد هذا الأصل إذن اعماله .

ولا يمكن الاعتراض على ذلك بأن من شأن الأثر الرجعي للقسمة - حتى لو صح النظر إلى التصرف في فترة الشروع على أنه صادر من مالك - اعتبار أن المتصرف لم يملك أبداً الجزء المفروز المتصرف فيه . فبدأ الأثر الرجعي للقسمة مشكوك في وجوده كما سلفت الإشارة . وحتى لو سلم بوجوده ، لما وجب اعماله فيما لا يحقق الغرض من تقريره وهو حماية كل متقاسم فيما أفروز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه السابقة فيه ؛ ومن شأن اعتبار تصرف الشريك في الجزء المفروز بعد قسمته لغيره سبباً صحيحاً طبقاً لما للقسمة من أثر رجعي ، تسخير هذا الأثر الرجعي للاضرار بالمتقاسم المقسوم له الجزء المتصرف فيه ، عن طريق الزامه بطريقة غير مباشرة بالتصرف الذي لم يقرر هذا الأثر الرجعي الا لحمايته منه . فضلاً عما في ذلك من مخالفة لصريح نص المادة ٢/٨٢٦ التي تقضي بتحول حق المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بالقسمة (١).

١٩ - ترتيب التصرف آثاره فيما بين أطرافه على ما قسم للشريك المتصرف :

إذا كان التصرف يبقى قائماً فيما بين أطرافه بعد القسمة كما كان قبلها صحيحاً وصادراً من مالك ، إلا أن من الواضح امتناع استمرار وروده وإنتاج آثاره

(١) أنظر في هذا المعنى : كتابنا سالف الذكر ، ص ٤٠٨ و ٤٠٩ .

وقانون : محمد علي خرفة ، ج ٢ ، فقرة ١٣٤ ، ص ٢٤١ و ٢٤٢ ، التي رغم رفضه من حيث المبدأ اعتبار تصرف الشريك في الجزء المفروز سبباً صحيحاً ، يرى اعتباره كذلك بعد القسمة ووقوع البيع في نصيب شريك آخر غير الشريك المتصرف . فن هذا التاريخ يعتبر العقد سبباً صحيحاً ، وتبدأ على أساسه حيازة ناقصة تؤدي إلى اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي معتباً من تاريخ القسمة لا من تاريخ العقد .

ولكن هذا القول يخلط بين تصرف صادر من أحد الشركاء في جزء مفروز قبل القسمة ثم يقع هذا الجزء بعد القسمة في نصيب شريك آخر ، وبين تصرف يصدر بعد القسمة من أحد المتقاسمين السابقين في النصيب المقسوم لغيره . فإذا صح أن التصرف الأخير يصلح سبباً صحيحاً ، باعتبار أن صدره بعد القسمة وإنهاء الشروع يحمله صادراً من غير مالك أصلاً ، فإن التصرف الأول لا يصلح سبباً صحيحاً رغم القسمة ونتيجتها ، لأنه وهو صادر ابتداء في فترة الشروع وقبل القسمة يكون صادراً أصلاً من مالك ويظل معتبراً كذلك دون تأثر بنتيجة القسمة كما سبق البيان .

على نفس المثل ما دام هذا المثل قد قسم لغير الشريك المتصرف ؛ إذ من شأن القسمة افراز ما توقعه من نصيب لكل متقاسم خالصاً من أثر أى تصرف سابق من قبل أحد شركائه فيه ، فضلاً عن عدم نفاذ مثل هذا التصرف في حقه أصلاً منذ إبرامه .

لذلك وتوفقاً بين هذين الاعتبارين من استمرار صحة التصرف بين أطرافه وعدم إمكان وروده على محله الأصلي لقسمة لغير الشريك المتصرف ، قضى المشرع بأن ينتقل « حق المتصرف إليه من وقت القسمة إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » (م ٢/٨٢٦) ، وبذلك يحل الجزء المقسوم للشريك المتصرف في التحمل بحق المتصرف إليه محل الجزء الأصلي المتصرف فيه والمقسوم لغير المتصرف . ولم يكتف المشرع بهذا النص الذى يقرر الانتقال في شأن التصرف في الجزء المقرز بوجه عام ، وإنما أورد نصاً خاصاً بالانتقال بما يوسع من مدى أعماله في شأن تصرف معين هو الرهن الرسمى ، إذ نص على أنه « إذا رهن أحد الشركاء .. جزءاً مقرزاً من .. العقار (الشائع) ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً في الأصل ... » ، ونظم كذلك في هذا النص ، كما سيرد من بعد ، إجراءات هذا الانتقال .

وقبل بيان أحكام انتقال حق المتصرف إليه من حيث النطاق والكيفية ، ينبغي أولاً تحديد طبيعة هذا الانتقال .

١ - طبيعة انتقال حق التصرف إليه : إذا كان المشرع يقرر في انتقذين المدنى الحالى انتقال حق المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه إلى الجزء أو الشيء المقسوم للمتصرف ، فالسائد في الفقه (١) هو اعتبار هذا الانتقال أعمالاً لفكرة الحلول العيني .

(١) أنور سلطان ، فقرة ٤١٤ ، ص ٤١٣ . - سليمان مرقس ومحمد علي امام ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٤٦٦ و ٤٦٧ . - محمد علي عرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٠٢ ، ص ٤٠٤ - عبد المنعم البدر اوى ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٥٧ . - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٧١ . - كتابنا سالف الذكر ، =

ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى نفي فكرة الحلول العيني هنا على أساس القول بأنه إذا أوقعت القسمة الجزء المفروض المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف ، فعنى ذلك أن يعتبر التصرف صادراً من غير مالك ، فلا يكون للمتصرف إليه حق ملكية ، وإنما مجرد حق شخصي في مطالبة المتصرف بنقل الملكية إليه . فإذا كان المشرع بنص على انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف بالقسمة ، فهو إنما يقضى إذن - على خلاف القواعد العامة - بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه الالتزام على مال آخر هو المال الذي اتضح بمقتضى القسمة أن المتصرف كان مالكا له من وقت نشوء الالتزام فإذا جاز القول بالحلول العيني ، فلا يمكن أن يكون أثر الحلول العيني نقل الملكية ، إذ ليست هناك ملكية يمكن نقلها ، ولكن نكون بصدد نقل التزام ، (ومن الأفضل) القول باستبعاد الحلول العيني من هذا النطاق ، ويمكن أن يقال بأن الالتزام ينفذ على غير محله الذي ورد عليه ابتداء (١) .

وبعيد هذا الرأي استناده إلى الأثر الرجعي للقسمة رغم ما يقوم عليه من افتراض مخالف للواقع يدعو إلى اطراحه أصلاً . ورغم ذلك ، فحتى مع التسليم بوجود الأثر الرجعي للقسمة ، فقد رأينا أنه لا يجب أعمال هذا الأثر فيما يجاوز الغرض من تقريره ، وأنه بالتالي لا مجال لتطبيقه - ونص المادة ٢/٨٢٦ شاهد بذلك - في العلاقة بين أطراف التصرف .

= ٣٣٧ . - شمس الدين الوكيل ، فقرة ٤٥ ص ١١٥ - سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٩ ، ص ٧٨ و ٧٩ و ٨١ . - عبدالرزاق السهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، ص ٣٠١ - عبد المنعم فرج الصلة ، فقرة ١٢٩ ، ص ١٧١ . - أحمد سلامة ، التأمينات العينية - الرهن الرسمي ، ١٩٦٣ ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٢ .

(١) منصور مصطفي منصور ، الرسالة السابقة ، فقرة ٩٦ ، ص ١٧٠ .

ونأظر كذلك في الاستناد إلى الأثر الرجعي للقسمة لنفي الحلول العيني هنا : عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٨ ، ص ٢٠٥ و ٢٠٦ .

وفضلاً عن ذلك ، فالتمشى مع منطق هذا الرأى إلى منتهاه ، كان يقتضى تمكين المتصرف اليه من طلب إبطال التصرف - ما دام يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك نتيجة للقسمة ولأثرها الرجعى - سواء كان عالماً أو جاهلاً بحقيقة ملكية المتصرف الشائعة ، بينما حقه فى طلب الإبطال قاصر - طبقاً للمادة ٢/٨٢٦ - كما رأينا - على حالة جهله بذلك . ولا يكفى فى تبرير هذا الحكم أن يقال (١) أن أمر المشرع بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية (٢) على المال الذى اتضح بمقتضى القسمة أنه كان مملوكاً للمتصرف وقت نشوء الالتزام ، هو أمر يلزم المتصرف اليه الذى كان عالماً بحالة الشيوع فيمتنع عليه طلب إبطال التصرف . فالزام هذا الأمر لمثل هذا المتصرف اليه وحده - دون المتصرف اليه الجاهل بحالة الشيوع - دليل على اعتداد المشرع باقامة إبطال التصرف على أساس عيب من عيوب رضا المتصرف اليه هو الغلط ، لا على أساس ما ظهر بالقسمة ونتيجة أثرها الرجعى من تخلف صفة المالك - على الجزء المفروز المتصرف فيه - لدى المتصرف (٣) .

ويذهب بعض آخر من الفقهاء إلى نفى الحلول المبنى عن انتقال حق المتصرف اليه إلى الجزء أو الشيء الذى يؤول بالقسمة إلى المتصرف ،

(١) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .

(٢) وقد يكون مفهوماً نفي الحلول المبنى وتصوير انتقال حق المتصرف اليه على أساس أنه نقل التزام فى منطق الرأى الذى يرى أن التصرف فى الجزء المفروز لا يمكن أن يرتب قبل القسمة فيما بين أطرافه إلا التزامات شخصية ، ولكننا سبق أن ناقشنا هذا الرأى ورفضناه لما بيننا من أسباب (أنظر سابقاً ، هامش (١) ، ص ٢٨) . وعلى أى حال ، فالقائلون به أنفسهم يرون فى انتقال حق المتصرف اليه تطبيقاً لفكرة الحلول المبنى (أنظر اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ص ١٧١) . وإذا صح القول بصحة الحلول المبنى فى نطاق الحقوق المبنية وحدها ، وكان من شأن التصرف فى الجزء المفروز ترتيب آثاره عينياً فيما بين أطرافه قبل القسمة كما بينا ، فيستحق الحلول المبنى إذن فى كل صورة يكون قد ترتب فيها للمتصرف اليه حق عينى على الجزء المفروز المتصرف فيه قبل القسمة . أما حيث لا يكون هذا الحق قد ترتب ، كما إذا كان التصرف بنقل حق عينى أصلى عقارى لم يتم تسجيله قبل القسمة ، فيكون مقبولا نفي الحلول المبنى فى هذه الصورة فى منطق حصر الحلول المبنى فى نطاق الحقوق المبنية وحدها دون الحقوق الشخصية .

(٣) كتابنا سالف الذكر ، هامش (١) ، ص ٣٢٧ .

مؤسسين هذا الانتقال على أساس فكرة «وحدة المحل» ، إذ يرون أن الشريك المتصرف إنما قد تصرف فيما يملك «وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند (التصرف) وقد يكون هو الذي تعين بعد ذلك عند القسمة ، فحقه قائم على هذا الجزء وذلك على حد سواء» (١) . ولكن مقتضى هذا التصوير في الواقع العودة إلى التكييف الذي يصحح التصرف في الجزء المفروز حلاله على أنه تصرف في الحصة الشائعة ، وهو تكييف متقصد كما سبق البيان . ولو صح هذا التكييف لكان ورود حق المتصرف إليه على الجزء المقسوم للشريك المتصرف بدل الجزء الأصلي المتصرف فيه بناء على الأثر الطبيعي للقسمة لا على وحدة المحل .

ولذلك يبقى التكييف السائد لتبرير انتقال حق المتصرف إليه بفكرة «الحلول المعنى» هو التكييف الصحيح (٢) الواجب تأييده (٣) .

(١) شفيق شحاته ، فقرة ١٤١ ، ص ١٦٥ .

(٢) يلعب بعض الفقهاء إلى القول بأن هذا الحلول «حلول هيئ استثنائي» ، بمعنى أنه ليس هناك تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه ، ولا يوجد نظام قانوني خاص يتميز به» (أخاميل غانم ج ١ ، هامش (٢) ، ص ١٧١) . ولكن لا يجب أن يغيب عن البال أن الجزء المفروز المتصرف فيه إذا لم يكن هو المخصوص ، فإنه جزء من أصل هو الشيء الشائع بخيمه الذي يرد عليه حق المتصرف ، وأن لهذا الشيء نظاماً قانونياً خاصاً يتميز به ، وأن المتصرف - لا المتصرف إليه - هو الذي يعتبر متقاصاً مع بقية الشركاء بالنظر إلى عدم نفاذ التصرف في حقهم ، بحيث يستتبع عدم قسمة الجزء المفروز المتصرف فيه للمتصرف امتناع ورود أو استمرار ورود حق المتصرف إليه عليه بالتالي .

(٣) يلعب أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السهوري ، كما سلفت الإشارة ، إلى القول بتأسيس الحلول المعنى على أساس إرادى هو رضا المشتري بشراء الجزء المفروز المبيع أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة (الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٦٨ ، متن وهامش (٢) ، ص ٣٠١) . ولكن هذا الأساس الإرادى أساس افتراضى كما سبق البيان . وهو لا ينهض على أى حال لتبرير أعمال الحلول المعنى في حالة جهل المتصرف إليه بملكية المتصرف الشائعة وسكوته ونحو ذلك من المطالبة بإبطال التصرف به ما أجريت القسمة فأوقعت الجزء المتصرف فيه لتغير الشريك المتصرف . فضلاً عن أن هذا الأساس الإرادى يلغى فكرة الحلول المعنى بدل أن يبررها ، إذ القول برضا المشتري بشراء الجزء المفروز المبيع أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة ، معناه أن البيع يكون في حقيقته وارداً على حصة البائع الشائعة وليس على الجزء المفروز المعين في العقد ، وهو ما يؤدى إلى أن يكون ورود حق المشتري به القسمة على محل آخر هو المقسوم البائع هو مقتضى الأثر الطبيعي للقسمة لا مقتضى الحلول المعنى .

٢ - **مجال اعمال الحلول العيني** : إذا كان ما يقرره المشرع من انتقال حق التصرف اليه إلى النصيب المقسوم للمتصرف بدل الجزء المفرز المتصرف فيه الذي قسم لغيره اعمالاً لفكرة الحلول العيني ، فينبغي تحديد مجال هذا الاعمال .

ونراعى بداءة أن مبدأ اعمال الحلول العيني المقرر في المادة ٢/٨٢٦ هو مبدأ عام يتصرف إلى كل عمل من أعمال التصرف (١) أيأ كان

(١) فلا يجوز اعمال هذا الحكم في شأن أعمال الادارة الصادرة من شريك مشتاع حل جزء مفرز من الشيء الشائع اذا قسم هذا الجزء من بعد لشريك آخر . ورغم ذلك ، فقد ذهب بعض الفقهاء الى اعمال الحلول العيني في شأن الإيجار ، بحيث اذا ورد الإيجار على جزء مفرز من الشيء الشائع وقسم للشريك المؤجر جزء آخر منه انتقل الإيجار اليه (عبد الفتاح عبد الباقي ، عقد الإيجار ، هامش (٣) ، ص ٨٢ - عبد المنعم الهداوي ، فقرة ١١٨ - عبد الزراق السبهوي ، الوسيط ، ج ٦ ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٤ - محمد لبيب شنب ، شرح أحكام الإيجار ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٦٢ ، ص ١٢١ و ١٢٢) .

ولكن من الواضح أن هذا الرأي يأخذ اصطلاح التصرف الوارد في المادة ٢/٨٢٦ بمعنى المثل أو التصرف القانوني لا بمعنى عمل من أعمال التصرف ، وهو ما لم يتجه اليه قصد المشرع . ذلك أن المشرع قد عرض لاعمال الادارة ومنها الإيجار في نصوص على سدة فيما تلا المادة ٨٢٦ ، فأظهر بذلك اقتضائه في هذه المادة على أعمال التصرف وحدها . فضلاً عن أن المذكرة الايضاحية لمشروع هذه المادة صريحة في أن المقصود بحكمها هو ما يقوم به الشريك المشتاع من استعمال ما يتحوله حق ملكيته من سلطة التصرف « كما اذا باع ... جزءاً مفرزاً أو وهنه رهنأ رسمياً أو رهن حيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٦ ، ص ٨١) - وأنظر كذلك في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٧٣ ، ص ٤٢٨ .

غير أن بعض الفقهاء يرون تطبيق حكم المادة ٢/٨٢٦ على الإيجار عن طريق القياس (اسماعيل غانم ، هامش ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١١٩ ، ص ١٥٩) . وإذا كان هذا الرأي يفضل الرأي الأول الذي يرى الإيجار مندرجاً أصلاً تحت حكم المادة ٢/٨٢٦ ، إلا أن من السير اعمال هذا القياس طالما أن السائد هو أن الحلول العيني يتحدد في نطاق تطبيقه بالحقوق والتكاليف البينية فلا يؤدي إلى انتقال حق شخصي يتصل بعين إلى عين أخرى كالإيجار (في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، دروس في عقد الإيجار «على الآلة الناسخة» ، ١٩٥٥ - ١٩٥٦ ، ص ٤٤) . وليس بمقتنع أن يقال أنه ليس معنى القياس على حكم المادة ٢/٨٢٦ في شأن الإيجار أن هناك حلولاً صينية في هذه الحالة (عبد المنعم فرج الصدة ، الموضع السابق) ، إذ كيف يتأتى القياس على حكم يعمل مبدأ الحلول العيني إذا قصد تجريده من هذا المبدأ في الحالة المقيسة .

نوعها (١). وإذا كان المشرع يعمل هذا المبدأ في صدد الرهن الرسمي خاصة بالمادة ٢/١٠٣٩ ، إلا أنه يوسع من مجاله . إذ الحلول العيني المقرر بصفة عامة في المادة ٢/٨٢٦ قاصر على صورة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من شيء شائع ، بحيث إذا وقع في نصيبه جزء آخر من نفس هذا الشيء انتقل اليه حق المتصرف اليه . بينما الحلول العيني المقرر بصفة خاصة في شأن الرهن الرسمي بالمادة ٢/١٠٣٩ يواجه صورة أخرى يكون الشريك المشتاع فيها مالكا على الشيوع لعدة عقارات ثم يقوم برهن جزء مفرز في أحدها ، بحيث إذا لم يقع هذا العقار المرهون جزء مفرز فيه بالقسمة في نصيب الشريك الراهن بل قسم له عقار آخر من العقارات الشائعة ، انتقل الرهن إلى هذا العقار المقسوم بما يعادل قيمة الجزء المرهون أصلا (٢) .

واختلاف مجال اعمال الحلول العيني بين المادة ٢/٨٢٦ والمادة ٢/١٠٣٩ على هذا النحو ، يثير التساؤل عما إذا كان يمكن اعمال الحلول العيني على النحو الموسع الوارد في المادة ٢/١٠٣٩ على غير الرهن الرسمي من التصرفات . للإجابة على ذلك ، ينبغي التعرف أولا على الحكمة التي أملت على المشرع توسيع مجال الحلول العيني في صدد الرهن الرسمي . وواضح أن مرجع ذلك هو أن المقصود من الرهن الرسمي المقابل النقدي للشيء وليس الشيء في ذاته ، بحيث يستوى وروده - إذا لم توقع القسمة الجزء المقرز المرهون في نصيب الشريك الراهن - على ما يقسم لهذا الشريك ، سواء كان جزءاً آخر من ذات العقار أو عقاراً آخر غيظه أصلا من العقارات الشائعة . ولذلك يبدو أن اعمال

(١) فينصرف الى الرهن الحيازي رغم عدم وجود نص خاص بشأنه ، بحيث اذا كان وارداً حل جزء مفرز من شيء شائع ثم أوقعت القسمة للشريك الراهن جزءاً آخر من ذات الشيء انتقل حق الدائن المرتين حيازياً الى هذا الجزء المقسوم (في هذا المعنى: عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات فقرة ٤٣٥ مكرر ، ص ٥٥٧ و ٥٥٨ - شمس الدين الوكيل ، فقرة ١٦٨ ، ص ٤٦١ و ٤٦٢).

(٢) في هذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقي ، الأموال ، فقرة ١٣٧ ، ص ١٩٣ و ١٩٤ ؛ التأمينات ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٤ مكرر - شمس الدين الوكيل ، فقرة ٤٥ مكرر ، ص ١١٩ و ١٢٠ . - سليمان مرقس ، التأمينات ، ١٩٥٩ ، فقرة ٤٩ ، ص ٨٠ - اسماعيل غانم ، هامش (١) ص ١٧٠ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٩ ، ص ١٧٢ .

الحلول العيني في هذا المجال الموسع لا يتأتى الا حيث يحقق ايراد حق المتصرف اليه على ما يؤول للمتصرف بالقسمة الغرض المقصود من هذا الحق الذي يراد حمايته .
وظاهر أن هذا متحقق في الرهن الحيازي ، بحيث يمكن تطبيق حكم المادة ١٠٣٩/٢ الخاصة بالرهن الرسمي عليه (١) .

أما باقي التصرفات الأخرى غير الرهن ، فقد يبدو أن حملها على النصيب المقسوم للشريك المتصرف في حالة تعدد الأشياء الشائعة ، وحصول التصرف أصلا في جزء مفرز من أحدها ، ثم وقوع شيء آخر غيره أصلا في نصيب المتصرف بالقسمة ، لا يتحقق في الأصل الغرض المقصود من الحق بحيث يجب عدم إجراء الحلول العيني في هذا الشأن . ولكن تعميم ذلك كبدأ مطلق لا يخلو من مغالاة ، وإنما العبرة بظروف كل حالة . وقد يتحقق في بعض الحالات الغرض المقصود من الحق الذي يراد الإبقاء عليه للمتصرف اليه ، رغم تعدد الأشياء الشائعة وقسمة شيء آخر منها للمتصرف غير الشيء

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، الموضع السابق . وأنظر عكس ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي التأمينات ، فقرة ٤٣٥ مكرر ، ص ٥٥٨ و ٥٥٩ - شمس الدين الوكيل ، فقرة ١٦٨ ص ٤٦٢ و ٤٦٣ .

وطالما أن المقصود بالرهن بنوعيه هو المقابل النقدي للمرهون ، ففي ذلك أنه حتى حيث لا يقع بالقسمة في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز آخر من نفس الشيء المرهون أو شيء آخر من الأشياء المرهونة بل يختص فحسب بمبلغ من النقود ، فإن حق الدائن المرتب يتعلق بهذا المبلغ . فإذا كان الدين مستحق الأداء نفذ عليه بالأولوية على غيره من الدائنين الماديين ويكون ذلك مباشرة لحقه العيني التبعي على أي مقابل نقدي للشيء لا اعمالا للحول العيني . أما إذا لم يكن مستحق الأداء ، فينصب حقه على هذا المبلغ الى حين الاستحقاق بمقتضى الحلول العيني (في هذا المعنى : كتابنا سالف الذكر ، هامش (١) ، ص ٣٤٠ ؛ وفي التمييز بين الحلول العيني ومباشرة حق الرهن على هذا النحو بوجه عام : منصور مصطفى منصور ، الرسالة السابقة ، فقرة ١٣٠ ، كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٤٥ ، ص ١٣٥ - ١٣٨ . وقارب : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، و فقرة ٨١ ، ص ١٨٣ و ١٨٤ - شمس الدين الوكيل ، فقرة ٣٢ ، ص ٧٢ ، فقرة ٤٥ ص ١١٦ ، فقرة ٩٤ ، ص ٢٨٤ - ٢٨٩ ؛ فقرة ١٦٨ ؛ ص ٤٦٣ - أحمد سلامة ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٧ - ١٧٠ . وقارن : عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات ، فقرة ٢٢٥ ص ٣٤٢ و ٣٤٣) .

المتصرف أصلاً في جزء مفروز منه (١) ؛ فلا يوجد مانع حينئذ من أعمال الحلول العيني قياساً على حكم المادة ١٠٣٩/٢ (٢) .

٣ - **كيفية أعمال الحلول العيني** : لم يعن المشرع بتنظيم كيفية أعمال الحلول العيني وبيان إجراءاته إلا في صدد الرهن الرسمي ، إذ نصت المادة ١٠٣٩/٢ على أنه : « إذا رهن أحد الشركاء .. جزءاً مفزراً من .. العقار (الشائع) ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت

(١) فإذا باع شريك على الشيوع في ملكية أسهم وسندات حدداً معيناً من السندات أو قرر عليها حق انتفاع للغير ، ثم لم توقع القسمة من بعد في نصيبه أيًا من السندات بل أوقعت له أسهماً فحسب ، فيبدو ألا مانع في هذه الحالة يحول دون ورود حق المشتري أو المنتفع على الأسهم المقسومة للمتصرف . بل في الصور التي تعدد فيها العقارات الشائعة دون اختلاف نوعها (والمادة ١٠٣٩/٢ تواجه صورة تعدد العقارات دون استلزام تباین نوعها) ، يمكن حسب الأحوال تصور إمكان أعمال الحلول العيني ؛ فإذا باع مالك على الشيوع في حجة أراض زراعية في مناطق مختلفة جزءاً مفزراً من أحدها وأوقعت له القسمة أرضاً أخرى في منطقة أخرى ، فليس ثم ما يمنع من أعمال الحلول العيني وإيراد حق المشتري على هذه الأرض المقسومة للبائع إذا كان القصد من شرائها مجرد استغلالها بالتأجير للغير .

(٢) عكس ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، الأموال ، فقرة ١٣٧ ، ص ١٩٢ و ١٩٤ . - إسماعيل غانم ، هامش (١) ، ص ١٧٠ . - بل ويمكن القول بأن أعمال الحلول العيني هنا يكون تطبيقاً لنظرية الحلول ذاتها طالما أن انتقال حق المتصرف إليه لا يعتبر حلاً استثنائياً كما سلفت الإشارة ، وطالما يتوافر ما تشترطه هذه النظرية من أن يكون البديل - وهو الشيء المقسوم للمتصرف - صالحاً لتحقيق نفس الغرض الذي كان يحققه الأصل وهو الجزء المفروز للمتصرف فيه .

ولذلك فحيث يتخلف هذا الشرط ، وهو يتخلف في أكثر حالات التصرف بغير الرهن عند تعدد الأشياء الشائعة ، لا يكون عدم أعمال الحلول العيني راجعاً في الواقع إلى اقتضاد المادة ٢/٨٢٦ على حالة الشيء الشائع الواحد دون الأشياء الشائعة المتعددة ، وإنما إلى اقتضاد شرط من شروط تطبيق نظرية الحلول العيني العامة .

اللى يخطر فيه أى شأ بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين، (١) .

أما المادة ٢/٨٢٦ ، فقد سككت عن كيفية أعمال الحلول العيني الا فيما قررته من أن انتقال حق المتصرف اليه يكون « من وقت التصرف » (٢) . ولذلك يثور الخلاف فى الفقه حول مدى امكان القياس على حكم المادة ٢/١٠٣٩ فى شأن كيفية إجراء الحلول العيني طبقاً للمادة ٢/٨٢٦ . وإذا كان بعض الفقهاء يجوزون هذا القياس ، فيبدو أن من العسير قبول ذلك ، لأن القياس غير مقبول فى الأصل فى مسائل الاجراءات والمواعيد والاختصاص باصدار أوامر على عرائض (٣) . وهذا قصور لاشك فيه فى المادة ٢/٨٢٦ ، يجب تداركه وبما يتفق مع طبيعة التصرفات الأخرى غير الرهن الرسمى .

(١) راجع فى ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات ، فقرة ٢٢٤ ، ٢٢٤ مكرر - أحمد سلامة ، فقرة ٤٩ ، ص ١٦٣ - ١٦٧ .

ويثور الخلاف حول ما إذا كانت الاجراءات المقررة فى المادة ٢/١٠٣٩ قاصرة فى حالة الرهن الرسمى على صورة تعدد الأشياء الشائعة أم تتبع كذلك فى صورة الشيء الشائع الواحد . ونعتقد أن هذه المادة بتمرضها لصورة تعدد الأشياء الشائعة تشمل من باب أولى صورة الشيء الواحد ، فتطبق اجراءاتها عند رهن جزء مفرز منه إذا قسم للشريك الراهن جزء آخر من نفس هذا الشيء (فى هذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات ، فقرة ٢٢٤ مكرر ، ص ٣٤١ ، ومتن وهامش (١) ، ص ٣٤٢ - وقارن : شفيق شحاته ، التأمين العيني ، هامش (٢) ، ص ٩٨ - أحمد سلامة ، فقرة ٤٩ ص ١٦٦ و ١٦٧) .

(٢) نشك فى توفيق المشرع فى تحديد الانتقال بهذا الوقت . فإذا كانت غايته من ذلك هى حماية حق المتصرف اليه على النصيب المقسوم للشريك المتصرف ، أفلا يفي عن ذلك ما هو سلم من عدم نفاذ تصرفات باقى الشركاء قبل القسمة فى هذا النصيب فى مواجهة من اختصته به القسمة من المتقاسمين هو ومن يخلفه عليه ؟

(٣) فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٢٩ .

وعكس ذلك : سليمان مرقس ومحمد على امام ، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ - محمد على هرفه ، ج ١ ، فقرة ٣٠٢ ، ص ٤٠٥ - اسماعيل غانم ، ج ١ ، فقرة ٧٧ ، ص ١٧٠ و ١٧١ - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٩ ، ص ١٧١ و ١٧٢ .

المطلب الثاني

مصدر التصرف في مواجهة من قسم له محله

٢٠ - خلوص الجزء المتصرف فيه للمتقاسم المتخص به بمقتضى القسمة
دون تأثر بالتصرف :

إذا أوقعت القسمة الجزء المفرز المتصرف فيه لغير الشريك المتصرف ، فهي توقعه له خالصاً من مثل هذا التصرف . فذلك هو مقتضى القسمة ووظيفتها ؛ إذ هي كاشفة لا ناقله ، مما ينفي اعتبار المتقاسم خلفاً لأى من شركائه وينفي التزامه بالتالى بأى من تصرفاتهم السابقة ؛ وهي بوصفها كاشفة ، إذ تحول حق المتقاسم من شائع إلى استثنائى ، تستبعد كل أثر لمزاوجة شركائه السابقة بتصرفاتهم على النصيب المقسوم له . وهو كذلك مقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، فاعتبار تصرفه ، في الجزء المفرز - طبقاً لهذا التكييف - غير نافذ أصلاً في حق باقى الشركاء قبل القسمة ، يؤكد من باب أولى عدم نفاذه بعد القسمة في حق المتقاسم الذى وقع محله في نصيبه بالقسمة دون الشريك المتصرف . فلا حاجة إذن مع كل ذلك إلى الاستناد إلى الأثر الرجعى للقسمة في تبرير عدم تأثر المتقاسم بالتصرف الصادر من غيره من الشركاء في فترة الشيوع على النصيب المقسوم له (١) . وبذلك يتكشف خواء فكرة الأثر الرجعى للقسمة وعقمها حتى في مواجهة من قسم له الجزء المتصرف فيه من غيره من الشركاء ، فضلاً عن استبعاده في العلاقة بين أطراف التصرف كما سبق البيان .

وعلى أى حال ، إذا قسم الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف ، فيكون له رفع دعوى الاستحقاق لاسترداده من تحت يد المتصرف أو المتصرف إليه ، دون أن يملك الأخير الدفع في مواجهته مباشرة بالتصرف إذ هو غير نافذ

(١) راجع في ذلك :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٩٤ - ٤٠٧ - انجامل غانم ، ج ١ ، فقرة ١٣٢ ، ص ٣٠٣ - ٣٠٩ . - عبد المنعم فرج الصنة ، فقرة ١٥٠ ، ص ٢٠٥ .

في حقه ؛ ولا بطريق غير مباشر بالتقادم القصير ، إذ التصرف – لصدوره أصلاً من مالك وعدم تغير هذا الاعتبار بعد القسمة ورغم نتائجها – لا يعتبر سبباً صحيحاً كما سبق البيان بالتفصيل . ولا يملك المتصرف إليه كذلك التنفيذ بحقه على الجزء المتصرف فيه طالما أن القسمة أوقعت له غير المتصرف ، وإنما يرد حقه في الأصل – كما رأينا – على ما قسم للمتصرف اعمالاً لفكرة الحلول العيني .

خاتمة

إذا كانت المناقشات والخلافات الفقهية والقضائية التي عرضنا لها قد ألقت الضوء على الأهمية البالغة لمشكلة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع سواء قبل القسمة أو بعدها ، فقد تبين أن التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع والبصر الصحيح بطبيعة القسمة الكاشفة ووظيفتها دون انزلاق إلى ما ينسب إليها من رجعية افتراضية ، يقتضى اعتبار التصرف فيما بين أطرافه صحيحاً وصادراً من مالك قبل القسمة وبعدها وأياً كانت نتيجتها ، واعتباره غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها وخاصة في مواجهة الشريك الذي يقسم له الجزء المتصرف فيه دون المتصرف . ولهذا انتقدنا الرأى السائد خلافاً لذلك في القانون الفرنسى وفى القانون المصرى في ظل التقنين المدنى القديم ، وأيدنا المشرع المصرى فيما استخلصناه من نصوص التقنين المدنى الحالى من الأخذ بهذا التصوير .

غير أن ذلك لا يعنى أن هذه النصوص قد قطعت الخلاف حول حقيقة مسلك المشرع بصدد هذه المشكلة ، بل أنها — بما صاحب وضعها من تردد وعدم استقرار مبدئى على الحكم الواجب — قد فتحت أبواباً واسعة تسرب منها الشك وكثر التأويل . وإذا كان تعديل التقنين المدنى الحالى مهمة تنشط لها الآن اللجنة المشكلة لهذا الغرض ، وكان من طلائع ما تصدت لمناقشته مشكلة تصرف الشريك في الجزء المفرز ، فنعتقد أن من الواجب تأييد ما استخلصناه من نص المادة ٢/٨٢٦ من الأخذ بالتصوير الصحيح مع جلاء وحسم ما قد يحيط بهذا النص من غموض ، عن طريق تعديله على النحو التالى : « إذا انصب تصرف الشريك على جزء مفرز من شيء أو أشياء شائعة رتب آثاره فيما بين أطرافه ، ولكنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء . فإذا لم يقع المتصرف فيه عند القسمة في نصيب المتصرف ، ورد حق المتصرف

اليه على الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . - وللمتصرف اليه ، قبل القسمة أو بعدها ، الحق فى طلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك المتصرف فيه مفرزاً^(١) ؛ وعن طريق إضافة فقرة أخرى أو مادة جديدة تنظم كيفية اعمال الحلول العينية فى شأن التصرف عامة غير الرهن . ولكن حتى يتحقق التناسق بين أحكام التفتين ، يجب كذلك تعديل نص المادة ٨٤٣ ، بما يستبعد - وهو ما استخلصناه حالياً - الأثر الرجعى للقسمة ويبرز أثرها الحقيقى الكاشف الذى طال تواريه وراءه ، وهو ما يمكن أن يتم على النحو التالى « يعتبر المتقاسم مالكاً للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء^(٢) . فهذه التعديلات المقترحة ليست إذن فى حقيقتها بالدخيلة أو المبتدعة ، وإنما هى التفسير الصحيح للنصوص الحالية مفهومة على وجهها الحق فى ضوء الاعتبارات الأساسية التى تحكم مختلف جوانب مشكلة تصرف الشريك فى الجزء المفرز .

(١) وقد سبق لنا أن قدمنا اقتراحاً بهذا المعنى إلى لجنة تعديل القانون المدق الحالية .

(٢) وقد تقدمت باقتراح هذا التعديل لجنة المقررين المتفرعة عن لجنة تعديل القانون المدق الحالية .

دراسة مقارنة
في إثبات القانون الأجنبي
ورقابة المحكمة العليا على تفسيره
للمكتوب شمس الدين الوكيل
الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الامكنندرية

١ - حدود البحث ومنهجه :

عنى فقهاء القانون الدولى الخاص والقانون المدنى منذ زمن بعيد بمشكلة اثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، ورقابة المحكمة العليا على تفسيره . واتخذ القضاء ، فى كثرة الدول ، مواقف متنوعة ومتطورة من هذه المشكلات . وفى اعتقادنا أن مجال البحث فيها لا يزال مفتوحاً ، وأنها تستحق مزيداً من العناية والاهتمام ،

وليس فى نيتنا خلال هذا البحث أن نرصد الجهد الأكبر للجدل الفقهي الصاحب فى تحديد طبيعة القانون الأجنبى وصفته أمام القضاء الوطنى . هل يعتبر من قبيل الوقائع ، أم يظل محتفظاً بكيانه القانونى ؟ وعندئذ هل يندمج فى قواعد القانون الوطنى ويعتبر جزءاً منه ، أم يبقى له طابعه الأجنبى .

وقد طال الجدل فى مناقشة الموضوع من هذه الزاوية . وخرجت نظريات متعددة فى مختلف الدول ، وفى إيطاليا وفرنسا بصفة خاصة .

ومهما كان الخلاف بينها فإن الغاية البعيدة لكل منها هى الوصول إلى حل بشأن معاملة القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، سواء من حيث إثباته ، أو من حيث رقابة المحكمة العليا على تفسيره .

بل وإن الطريف فى الأمر أن اختلاف الفقه فى النظريات التى يؤمن بها لم يمنع اتفاق البعض منها فى الحلول العملية بشأن معاملة القانون الأجنبى وعدم إمكان مساواته مع القانون الوطنى .

ونحن لا نتردد منذ البداية في إنكار الاتجاه الفقهي الذي يعتبر القانون الأجنبي في حكم الواقع عند تطبيقه أمام القضاء الوطني (١). ونؤمن بأنه يظل محتفظاً بطبيعته القانونية رغم صفة الأجنبي وانطباقه أمام قضاء دولة غير التي نشأ فيها (٢).

فالتبيعة القانونية للقانون الأجنبي تستخلص من قاعدة الاسناد الوطنية نفسها. ولا يصح القول في تقديرنا بأن هذا القانون يتجرد من طبيعته عندما يعبر حدود الدولة التي نشأ فيها، وينطبق أمام قضاء دولة أخرى.

وذلك أن أثر انتقال القانون من دولته يقتصر على تجريده من عنصر الأمر والاجبار. أما طبيعته القانونية الأصلية فلا يطرأ عليها أى تغيير أو تبديل. بل وإن القانون الأجنبي يسترد عنصر الاجبار المفقود بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية التي تطلب إلى القاضي تطبيق قانون دولة معينة.

وبعبارة أخرى يمكن القول إن الخصائص الأصلية للقانون الأجنبي من حيث كونه يتضمن قواعد عامة ومجردة تلتصق به ولا تزول عنه عندما ينتقل إلى دولة أخرى. وعندما تشر قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه أمام القضاء الوطني. فهي تمنحه قوة الاجبار. وترد اليه الخصيصة الوحيدة التي زالت عنه.

(١) قاد هذا الاتجاه بوجه خاص في فرنسا باثيفول - أنظر مؤلفه في "القانون الدولي الخاص الطبع الثالث سنة ١٩٥٩" فقرة ٣٢٨ - وأنظر أيضاً لنفس المؤلف ص ١٠٤ وما بعدها *Aspects philosophiques du dr. inter. privé*. وراجع بوجه عام في استعراض النظريات التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الواقع Imre Zajtay "La condition de la loi étrangère en droit inter. privé"

باريس سنة ١٩٥٨ ، ص ١٨ فقرة ١٩ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا المعنى بوجه خاص Imre Zajtay المرجع السابق فقرة ٢٠ ، ٣٠ Motulsky في مقال عن « وظيفة القاضي إزاء القانون الأجنبي » منشور في مجموعة دراسات موري سنة ١٩٦٠ الجزء الأول فقرة ٣٤ ص ٣٥٩ - P. Louis Lucas تعليق على نقض مدع فرنسي في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦١ ، منشور في مجلة الأسبوع "لثانون" سنة ١٩٦٢ قسم القضاء ١٢٥٢١ Maury التقرير المقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٠٥ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١٠٨ .

ومن هنا ينبغي في تقديرنا تركيز النظر على قاعدة الاسناد واعتبارها مصدراً رسمياً مباشراً لتطبيق القانون الأجنبي ، واحتفاظه بصفة الاجبار والالزام أمام القاضي الوطني (١) .

وإننا نلفت النظر إلى أن رائد المذاهب القائلة باعتبار القانون الأجنبي من قبيل الواقع ، لم ينصرف ذهنه إلى المطابقة بينها من حيث الطبيعة . فثقل هذا النظر يهون الرد عليه . وكما قال أحد الفقهاء كيف يتصور تطبيق الواقعة على وقائع (٢) .

وإنما استهدف صاحب هذا الرأي من تشبيه القانون الأجنبي بالواقع التسوية بينهما في المعاملة . من حيث الاثبات من ناحية ، ومن حيث رقابة محكمة التقاضي على تفسير القاضي لهما من ناحية أخرى (٣) .

ومن هذا كله يظهر لنا أن توجيه الجهد نحو مجرد جدل فقهي حول طبيعة القانون الأجنبي ، قد يبتعد بنا عن حقيقة المشكلة وعن ميدان الخلاف فيها .

ولعلنا من المفيد على ضوء الموقف الذي اخترناه ، والذي سنعود إليه في الخاتمة ، أن نسلک منهج المقارنة والتقدير . فنبداً أولاً بالتأمل في بعض

-- وأنظر أيضاً مطول بلانيول وريبير الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ . ص ٨٣٢ بوجه خاص ، فقرة ٢٠٦ ، "Martin Woff 'Private International Law'" ونحن نقنع مؤقتاً بهذه المراجع . ونرجى الإشارة إلى مزيد منها ، وكذلك الإشارة إلى اتجاهات الفقه المصري القديم والحاضر إن دراستنا اتية في المتن .

(١) نَظَر في هذا معنى مونتولسكي المرجع السابق ص ٣٦٩ .

(٢) راجع مارتين وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٦ ويضيف هذا تفقيح في سبيل تأكيد استنداد القانون الأجنبي بصفته ، أن القانون يعتبر في حكم اللغة ، ولم يقل أحد بأن اللغة الإيطالية لغة صفتها عندما يتحدث بها الناس في إنجلترا .

(٣) أنظر باتيهول المراجع المشار إليها سابقاً .

النظم الأجنبية الرئيسية . ونشهد موقفها من اثبات القانون الأجنبي أمام القضاء ورقابة المحكمة العليا على تفسيره .

ومن خلال هذا النظر ننقل إلى بحث المشكلة في الجمهورية العربية المتحدة . وعندئذ يتيسر لنا الإدلاء ببعض ملاحظات ختامية نجمل فيها الرأي الذي يبدو لنا أقرب إلى الصواب .

٢ - تقسيم :

نعالج فيما يلي وضع القانون الأجنبي والمعاملة التي يلقاها في معظم النظم الأجنبية الرئيسية . ونقتصر بحثنا على النظر إلى النظام الانجليزي والنظام الألماني . والنظام الايطالى ، وأخيراً النظام الفرنسى بوجه خاص .

(أولاً) النظام الانجليزي (١) .

٣ - طابع هذا النظام - القانون الاجنبى لى حكم الوقائع :

ينجى بعض الفقه إلى أن تطبيق القانون الأجنبى أمام القضاء الانجليزي يعتبر من المسائل الواقعية البحتة (٢) . ومثل هذا التصوير يغفل حقيقة هامة في نظام التقاضى في إنجلترا . وهى أن القانون الصادر سنة ١٩٢٠ والذي استبدل به قانون آخر صدر سنة ١٩٢٥ . جعل النظر في مسائل القانون الأجنبى من اختصاص القاضى ، ولم يتركها للمحلفين . ومن خصائص هذا النظام أن المحلفين يختصون بالفصل في الوقائع . بينما يعهد إلى القضاة بالمسائل القانونية (٣) . وقد بارك بعض الشراح هذا التعديل التشريعى (٤) ، واعتبر في تقديرهم خطوة أولى نحو الاعتراف للقانون الأجنبى بطبيعته الأصلية .

(١) أنظر في هذا الموضوع بصفة خاصة :

الطبعة الخامسة ص ٨٢٩ وما بعدها . Dicey, Conflict of laws

الطبعة السابعة ص ٤٢٣ وما بعدها . Westlake, Private International law

الطبعة الخامسة ص ١٢٩ وما بعدها . Chechire, Private International law

الطبعة الأولى ص ٤٦ وما بعدها . Gutteridge, Comparative law

وأنظر أيضاً مارتون وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٦ وما بعدها - وراجع باللغة العربية عبد المنعم النبراوى « أصول القانون الملقى المقارن » سنة ١٩٥٩ ص ٩١ وما بعدها .

(٢) أنظر كوادرى مقال من اثبات القانون الأجنبى باللغة الفرنسية منشور بالملحة المصرية لقانون الدول سنة ١٩٥٣ ص ٥ .

(٣) جاتردج المرجع السابق ص ٤٦ .

(٤) مارتون وولف فقرة ٢٠٨ .

والصحيح إذن هو القول بأن القانون الأجنبي في إنجلترا يعامل معاملة
الوقائع من حيث كيفية اثباته والتعرف عليه .

ونقطة البداية في هذا الصدد هي التسليم بوجود افتراض قانوني على أن
القانون الأجنبي يوافق القانون الإنجليزي في أحكامه ، وعلى من يريد إقامة
الدليل على عكس ذلك أن يتكفل بأثبات ما يدعيه . فإذا عجز صاحب
المصلحة عن هذا الاثبات ، يعتبر القانوني الأجنبي مطابقاً للقانون الإنجليزي.
ويتم الفصل في الدعوى على هذا النحو (١) .

وفي تقديرنا أن النظام الإنجليزي قد اعتمد على الحيلة أو الافتراض
القانوني كوسيلة من وسائل الصياغة المعنوية أو الذهنية بقصد تحقيق غاية
معينة . ولا يصح القول بأننا لزاء قرينة قانونية . ذلك أن القرينة تتأسس
على أمر يوجب وقوعه في العمل : أي أنها تعتمد على الاحتمال الغالب والظن
الراجح . فالمفروض إذن في الحقيقة الاعتبارية التي يصنعها القانون أنها تطابق
الواقع في معظم الأحيان (٢) . ومن الواضح أن افتراض مطابقة أحكام
القانون الأجنبي للقانون الإنجليزي ليس بالأمر الراجح في كثير من الأحوال .

ومن أجل هذا نميل إلى القول بأن هذا الافتراض المأخوذ به في القانون
الإنجليزي هو أقرب إلى الحيلة القانونية منه إلى القرينة . ولما كان أساس
الحيلة هو الوهم والبعد عن الواقع . فإنه يجب الحد من النتائج المترتبة عليها
في أضيق الحدود ، وقصرها على الغاية التي يبغيها القانون .

ويمكن في نظرنا تأصيل النظام الإنجليزي بأن القانون الأجنبي لا يعتبر
مسألة وقائع بصفة مطلقة أمام القضاء الإنجليزي ، ولكن الحرص على تكليف
الخصوم بعبء اثباته . أفصى إلى اصطناع حيلة مطابقتها للقانون الإنجليزي
أو توفيق الفرصة لاثبات عكس ذلك لمن تتوافر له المصلحة .

(١) Dicey المرجع السابق رقم ١٩٤

(٢) أنظر مؤلفنا (النظرية العامة للقانون) فقرة ١٥٥ ص ٣١٧ . وبصفة خاصة ص ٣٢٣ .

٤ - طرق اثبات القانون الاجنبى :

لا يستطيع القاضى الانجليزى البحث عن القانون الاجنبى من تلقاء نفسه . وإنما يجب أن يتم اثباته بواسطة خبراء قانونيين . وفيما يلى تفصل هذا الاجمال :

١ - فن ناحية استقرار القضاء العالى فى انجلترا على عدم جواز تصدى القاضى للبحث عن القانون الاجنبى . وبصفة خاصة لا يجوز له الاعتماد على علمه الشخصى بالقانون الاجنبى . كما لا يصح له الاستناد إلى مجرد المعلومات التى قد يدلى بها المحامى فى الدعوى .

وفى إحدى الحالات المشهورة (١) تعرضت محكمة أول درجة لتفسير عقد محرر باللغة الألمانية وكان خاضعاً للقانون الألمانى . واعتمد القضاء فى هذا التفسير على الوسائل المتبعة أمام المحاكم الأوربية : على أساس شهرتها ، ورغم عدم إقامة الدليل عليها بواسطة الخبراء القانونيين أمام المحكمة . وأدخلوا فى اعتبارهم بصفة خاصة الظروف الملائمة للمقدّم مع مفهوم واسع فى التفسير . ولما عرضت الدعوى على مجلس اللوردات رفض نظرية محكمة الدرجة الأولى والثانية . وأسّس هذا الرفض على اهمال المحكمة فى الاستماع إلى شهادة الخبراء القانونيين واستخلاص العلم الرسمى بالقانون الألمانى منهم ، بصرف النظر عن صواب التفسير الذى انتهت اليه .

وواضح من هذه الحالة أن القضاء العالى الانجليزى قد حرص على تأكيد منع القاضى من التعرف على القانون الاجنبى بوسائله الخاصة . وأنه قصر طريق العلم على شهادة الخبراء القانونيين أمام المحكمة .

٢ - وذلك أنه من ناحية أخرى لا يجوز اثبات القانون الاجنبى الا بواسطة الخبراء القانونيين . وتحدد أهلية الشخص لأداء هذا العمل وفقاً للظروف . والأصل أن يكونوا من المحامين الأجانب أو من رجال القانون

(١) Hartmann V. onig وقد رجعنا إلى هذه الحالة فى مؤلف جاردج المشار اليه

سابقاً ص ٢٦ .

الذى اكتسبوا خبرة في الدولة التى ينطبق قانونها أمام القاضى الانجليزى . ولكن ليس ما يمنع من الاستماع إلى رأى أهل الخبرة من رجال الأعمال مثل المشتغلين في شئون السفن أو التأمين ، إذ يفترض فيهم العلم بالجوانب القانونية التى تخص أعمالهم (١) .

ويدل الخبر بشهادته أمام المحكمة بالطريق العادى بعد حلف اليمين . وقد يستغنى عن الشهادة الشفوية بشهادة مكتوبة يحررها الخبر وتسمى affidavit.

والصورة الغالبة هى المتول أمام المحكمة والإدلاء بالشهادة الشفوية . وعند اختلاف الخبراء يتعين على القاضى المفاضلة بين أقوالهم . وكثيراً ما تتعقد مهمة القاضى بسبب تضارب آراء الخبراء . ومن قبيل ذلك ما حدث حول تحديد طبيعة الرهن الوارد على السفينة فى القانون الفرنسى ، أو حول بيان الآثار القانونية المترتبة على مراسيم التأمين التى أصدرتها الحكومة السوفيتية .

٥ - عوامل ميسرة للعلم بالقانون الأجنبى

ظهر لنا مما تقدم الطابع الشكلى الحامد لطرق اثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الانجليزى . وبالرغم من ذلك فإنه يمكن استخلاص بعض عوامل تخفف هذا الجمود . ونفضى إلى نتائج أفضل مما قد يبدو لأول وهلة من الموقف السلبي البحث الذى يتخذه القاضى عند تطبيق القانون الأجنبى .

١ - فن ناحية ما دام القضاء قد سلك الطريق القانونى فى الاستماع إلى أهل الخبرة ، فإنه ليس ثمة ما يمنع القاضى من الاستعانة بوسائله الخاصة للوصول إلى النتائج التى يراها صائبة ، وبصفة خاصة للترجيح بين الآراء المتنوعة التى استمع إليها . ولن يعوق القاضى فى هذا السبيل سوى عدم الإلمام ببعض المصطلحات القانونية الأجنبية . وعدم الدراية بقواعد القانون الأجنبى فى بعض الأحيان .

(١) مارتين وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٨

هذا ويلاحظ أن العلم الشخصي بالقانون الأجنبي يسر للقاضي توجيه الأسئلة المثمرة والمنتجة في الدعوى المطروحة عليه . كما يساعده على الترجيح بين وجهات النظر المختلفة التي قد يدلل بها الخبراء .

وهكذا نخلص إلى أن دور القاضي . ليس بالدور السلبي البحت . وإنما يستطيع بالعلم بالقانون الأجنبي أن يلعب دوراً إيجابياً وفعالاً ، رغم حرمانه من القضاء في الدعوى بمجرد معلوماته الشخصية (١) .

٢ - ومن ناحية أخرى . وبالرغم من عدم تقييد المحكمة الانجليزية بالأحكام الأجنبية . فقد جرى العمل على تأثر القاضي الوطني بالاتجاهات القضائية السائدة في دولة القانون الأجنبي . وبصفة خاصة بتأثر بالمبادئ المستقرة أمام المحكمة العليا في دولة هذا القانون (٢) .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الاحترام للأحكام الأجنبية ليس التزاماً قانونياً على عاتق القاضي . وبالتالي أباحته المحاكم الانجليزية لنفسها أن تقضى على خلاف ما يتقرر في الحكم الأجنبي إذا تضمن خطأ جسيماً . ومن قبيل ذلك أن محكمة انجليزية قد رفضت الاعتداد بما جاء في أحكام محاكم ولاية نيويورك . في خصوص منازعة معينة ، بعد الاطلاع على القانون الأمريكي وآراء الفقهاء هناك (٣) .

٣ - أخيراً يذهب بعض الشراح إلى أن تفسير القانون الأجنبي بواسطة المحكمة الانجليزية ينبغي أن يكون وفقاً للأسلوب المتبع أمام محاكم هذا القانون ، وليس وفقاً للمنهج الذي يسر عليه القضاء الوطني .

ومن قبيل ذلك مثلاً أنه لا يجوز للقاضي الانجليزي استخلاص ارادة المشرع إلا من خلال النصوص وألفاظها . بينما يسود الاتجاه في البلاد

(١) أنظر جاتردج المرجع السابق ص ٤٧ - عبد المنعم البهراوي المرجع السابق ص ٩٤

(٢) مارتن وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٥ .

(٣) وقد وردت هذه الحالة في مؤلف جاتردج المشار اليه ص ٤٧ .

الأوروبية إلى وجوب الاعتماد بالأعمال التحضيرية التي صاحبت نشأة القانون والروح العامة للتشريع .

والمفروض في نظر هذا الفقه أن يقوم القاضى الانجليزى بتفسير القانون الأجنبى مستعيناً بالوسائل المتبعة في دولة هذا القانون (١) .

ونحن نرى من ناحيتنا على ضوء ما قدمناه في بيان طرق الاثبات ، أن مثل هذه السلطة لا يجوز توفيرها للقاضى الانجليزى ، ما لم يثبت أمام المحكمة بطريق الخبراء ، أن هذه الوسائل يجرى عليها العمل فعلاً أمام محاكم الدولة الأجنبية .

يظهر لنا إذن مما تقدم ، أنه بالرغم من تقييد حرية اثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الانجليزى ، فإنه يتمتع بسلطات واسعة تعصمه من التورط في الخطأ ، فهو يستطيع استخدام علمه الشخصى في تقدير أقوال الخبراء . كما يملك الاستئناس بما يستقر عليه القضاء الأجنبى خاصة في درجاته العليا . وهو يلجأ أيضاً في التفسير إلى الوسائل الأجنبية المتبعة في هذا الشأن ، مادام أهل الخبرة قد استطاعوا اقتناع القاضى بأنها مألوفة الاستعمال في دولة القانون الأجنبى .

٦ - رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبى

لا تعرض في إنجلترا مسألة رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبى في الصورة التقليدية المعروفة لدينا في مصر ، والسائدة في النظم القضائية في أوروبا .

ولأنما تقوم المحكمة العليا الانجليزية بدور محكمة الدرجة الأخيرة في الاستئناف . وبعبارة أخرى لا يقتصر دورها على مجرد رقابة القضاء الأدنى

(١) أنظر مورى « أعمال لجنة القانون الدولى الخاص الفرنسية » - المرجع السابق ص ١٠٣ وولف المرجع السابق فقرة ٢٠٥ .

في سلامة تطبيق القانون . وإنما تملك دون معقب عليها أن تعبد النظر في تقدير الوقائع كما أقرتها المحكمة المطعون في حكمها .

وعلى هذا النحو استقر مجلس اللوردات على فحص تطبيق القانون الأجنبي وإعادة النظر في الأحكام التي يطمئن فيها أمامه . دون التخرج من القول بأن الأمر يتعلق بالوقائع . وأن تقدير محكمة الموضوع لا معقب عليه (١) .

٧ - خلاصة وتقرير :

مما تقدم نستطيع إيجاز القول في النظام الانجليزي على النحو الآتي :

١ - إن القضاء الانجليزي لا ينظر إلى تطبيق القانون الأجنبي على أنه مسألة وقائع يحته . بدليل اختصاص القضاة بنظر مسائله دون المحلفين .

٢ - لا يجوز للقاضي التصدى للحكم بموجب علمه الشخصي البحث بالقانون الأجنبي . وإنما يجب عليه استخلاص قواعده من الخبراء القانونيين عن طريق الشهادة الشفوية أو المكتوبة .

٣ - يستطيع القاضي استخدام علمه الشخصي في مناقشة الخبراء ، والرجوع بين آرائهم . كما يجوز له الاستئناس بالقضاء المستقر في دولة القانون الأجنبي . وينبغي عليه عند تفسيره أن يراعى الوسائل المتبعة في هذه الدولة . بشرط الاستيثاق من اتباع هذه الوسائل عن طريق الخبراء .

٤ - إذا لم يتوصل القاضي بالطرق المتقدمة إلى العلم بالقانون الأجنبي ، يفترض مطابقتها للقانون الانجليزي وبحكم وفقاً لقواعده .

٥ - وأخيراً لا تنور في إنجلترا مشكلة رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تفسير القانون الأجنبي : وذلك أن هذه المحكمة تعتبر بدورها محكمة وقائع . وهي تمثل آخر درجات التقاضي .

(١) وولف الاشارة السابقة لفقرة ٢٠٩ .

وقد تعرض هذا النظام لبعض النقد ، خاصة الطريقة المتبعة في التعرف على القانون الأجنبي عن طريق إدلاء الخبراء بشهاداتهم أمام المحاكم (١) .

إذ ليس من اليسير على الخبير الاحاطة بالطابع الخاص لنظام الشهادة أمام المحاكم الانجليزية . وعندئذ قد يقع فريسة لمناقشة ذكية من المحامين ، مما قد يؤدي إلى إدلائه بمعلومات ناقصة أو منحرفة . بل وفي كثير من الأحيان ما يحجم الخبير عن الإدلاء بكافة المعلومات تحت تأثير الاعتقاد بأن القاضي ملم ببعض منها .

ويزداد الأمر صعوبة عندما يكون الخبير أجنبياً . ويلجأ القاضي إلى مترجم ينقل إليه العلم بالقانون الأجنبي . ومثل هذه الترجمة غير مأمونة في نقل المصطلحات القانونية بالضبط والدقة .

وفضلاً عن ذلك فإن الخبير ، مهما بلغت قدرته ، لن يستطيع اعطاء صورة صادقة ودقيقة عن مسلك القضاء واتجاه الفقه ، بينما قد يهون الأمر إذا تعلق بمجرد ابراز نص تشريعي يتضمن حكم القاعدة القانونية المطلوبة .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن حضور الخبراء أمام المحكمة يفتح الفرصة للقاضي في الاستفسار عن كافة الوسائل التي يحتاج إليها للحكم في الدعوى . كما أن تبادل الأسئلة ومطابقة الآراء قد ييسر له الوصول إلى أرجح الآراء .

وببإمكان سلامة النظام الانجليزي تتوقف على حسن تطبيقه والمرونة فيه فلاشك أن الخبير القادر يستطيع تقديم المعونة المحدية للمحكمة ، خاصة إذا كان محيطاً بنظام الاجراءات والقواعد الموضوعية في القانون الانجليزي . إذ يمكن عندئذ بمنهج المقارنة والتقريب أن يبرز أوجه الخلاف والاتفاق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي .

(١) نعرض هنا خلاصة للملاحظات الأساسية التي قال بها جاردج تعليقاً على النظام المتبع في إنجلترا أنظر المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها .

كما ينبغي أيضاً على القضاء الانجليزي أن يتحرر من الشروط التي يتطلبها عادة في الخبر . فهو لا يكفي بأن يكون هذا الخبر دارساً للقانون الأجنبي أو ملماً بقواعده بحكم عمله في إنجلترا . وإنما يشترط أن يكون قد مارس خبرة قانونية في الدولة الأجنبية أو قام بأعمال ترى المحكمة أنها معادلة لهذه الخبرة .

وينتقد الفقه مثل هذا الجمود ، ويقرر عن حق بأن الخبرة لا تكتسب فقط بالممارسة . وإنما قد تتحقق على نحو أفضل بالدراسة والتحصيل (١) .

ومهما يكن من أمر . فإن الملاحظة الأساسية التي نختم بها دراستنا للنظام الانجليزي ، هي أن الاستسلام للخصوم والشهود مهما بلغت خبرتهم لا يعتبر في تقديرنا أفضل الحلول للوصول إلى علم صادق بقواعد القانون الأجنبي .

ولأنما ينبغي أن يكون للقاضي دور فعال في الاستقصاء عن قواعد القانون الأجنبي والبحث عن مصادره . وهو الاتجاه الذي نرجحه بوجه عام . والذي سيتاح لنا الحديث عنه بمزيد من التفصيل عند دراسة نظامنا في مصر والجمهورية العربية . وعندئذ سنحاول إبراز بعض الوسائل الفعالة التي تكفل للقاضي القدرة على الوصول بمجهد خاص إلى قواعد القانون الأجنبي .

وقد صدرت بعض القوانين في إنجلترا ١٨٥٩ ، ١٨٦١ للتخفيف من اثبات القانون الأجنبي عن طريق شهادة الخبراء . ويتعلق القانون الأول بالبلاد الخاضعة للكومنولث والمستعمرات البريطانية وقشتد . ويخص القانون الثاني الدول الأخرى بصفة عامة . والفكرة المستحدثة فيه هي الترخيص

(١) ويشير جاردج إلى حالة عرضت أمام القضاء الانجليزي رفض فيها شهادة أحد الخبراء بشأن المعلومات التي أدلى بها عن القانون المنطبق في كولونيا بألمانيا ، بالرغم من أنه قد درس في إحدى الجامعات الألمانية وكان يعمل مستشاراً للقنصلية البروسية بلندن . وهو ما يؤكد حرص القضاء على أن يكون الخبر قد مارس خبرة عملية في دولة القانون الأجنبي - راجع جاردج المرجع السابق ص ٥٢ .

للقاضي الانجليزي بطلب رأى المحكمة الأجنبية في المسألة القانونية المعروضة عليه . ويتقيد تطبيق القانون الخاص بالدول الأخرى بوجود عقد اتفاقيات ثنائية بين إنجلترا والدول التي يطلب الرأي من محاكمها . ومن أجل هذا لم يوضع هذا القانون موضع التطبيق إلا في أضيق الحدود .

(ثانياً) النظام الألماني (١)

٨ - النص التشريعي في إثبات القانون الأجنبي :

نص المادة ٢٩٣ من تقنين المرافعات المدنية الألماني (ويقالها المادة ٢٦٥ في القانون القديم) على ما يلي :

« إن القواعد العرفية والقواعد النظامية ، وكذلك قواعد القانون المنطبق في دولة أخرى ، ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها . ولا تلزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم بإثباته . وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية » .

ويعتبر القانون الألماني ، بتقرير هذا النص ، من القوانين القليلة المعاصرة التي تعالج حكم إثبات القانون الأجنبي بقاعدة تشريعية .

٩ - القانون الألماني يرفض اعتبار القانون الأجنبي في حكم القوانين :

يتضح من الحل المقرر في النص المتقدم أن القانون الألماني يرفض اعتبار إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني من قبيل الوقائع . ويعترف له بطبيعته القانونية الأصلية .

(١) أنظر بوجه خاص في هذا الموضوع مقال ماريوجيليانوعن « معاملة القانون الأجنبي في القضية المدنية » منشور في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول - هازدول « تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الداخل » منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٥٥ العدد الثاني ص ٣٣ - وراجع أيضاً تقرير موري في « أعمال اللجنة الفرنسية لقانون الدولي الخاص » سنة ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ٩٧ ومايلها .

ويظهر ذلك صراحة من صياغة المادة ٢٩٣ التي تصف قواعد القانون الأجنبي بأنها قواعد قانونية . وبذلك تميزها عن مجرد الوقائع .

وهذا هو الاتجاه السائد في الفقه الألماني المعاصر (١) . فهو يؤمن بأن تطبيق القانون الأجنبي بأمر من المشرع الوطني لا يدمجه في قواعد القانون الوطني . كما لا يجعله في حكم الوقائع . وإنما تبقى له صفته القانونية والأجنبية في نفس الوقت .

وذلك أن السماح بتطبيق القانون الأجنبي يستجيب إلى اعتبارات العدالة وتحققها على نحو أفضل . والمفروض عندئذ أن القاضي الوطني يتولى تطبيق القانون الأجنبي بدلا من قضاة دولة هذا القانون . وهو يطبقه بنفس الروح ونفس الصفة . لأن اعتبارات العدالة وثمة اعتبارات اجتماعية أخرى ، تفرض على القاضي الوطني أن يحكم النزاع وفقاً للقانون الأجنبي (٢) .

والواقع في تقديرنا أن اتجاه المشرع الألماني قاطع في تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي : وأن نص المادة ٢٩٣ يضع قاعدة تنظيمية للآليات تستجيب إلى الاعتبارات العملية على النحو الذي نبينه فيما يلي :

١٠ - تنظيم الآليات القانون الأجنبي امام القضاء الألماني :

راعى المشرع الألماني أن الاحاطة بقواعد القانون الأجنبي ليست بالأمر الميسور في كافة الأحوال . ومن أجل هذا وضع قاعدة تنظيمية لآلياته ، تسمح بأشراك الخصوم فيه دون أن تعفى القاضي من هذا الواجب .

(١) راجع جيليانو المرجع السابق ص ٦ وقد أورد الإشارة إلى غير القليل من فراح القانون الألماني المحدثين الذين يؤمنون باحتفاظ القانون الأجنبي بصفته وطبيعته .

(٢) أنظر هازردول المرجع السابق ٢٣٩ - وقرب Holleaux في تعليقه المنشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ وما بعدها . وهو يشير إلى أن الإحساس النفساني للقاضي لا يتغير فيما إذا كان يطبق القانون الوطني أو القانون الأجنبي .

وهو في الصدد يعامل القانون الأجنبي معاملة العرف . فالقاعدة العرفية رغم كونها قاعدة قانونية ، تتطلب توافر عناصر مادية ومعنوية قد لا يحيط بها القاضي في كل الأحوال . ولهذا جرى العمل على قيام صاحب المصلحة بأثباتها أمام المحكمة ، دون أن يعنى ذلك اعفاء القاضي من اتخاذ كافة مايلزم للتحقق من وجودها .

وقد اعترف القانون الألماني بأن القاضي غير ملزم بالعلم بوجود القاعدة العرفية . ولكن يجب عليه في الوقت ذاته أن يطبقها ما دام قد استطاع العلم بمضمونها . وهو ما يستفاد صراحة من نص المادة ٢٩٣ مرافعات التي تقضى بأن القاعدة العرفية لا تكون في حاجة إلى إثبات الا في حدود عدم علم المحكمة بها .

وعلى غرار حكم القاعدة العرفية جاء الحكم أيضاً بالنسبة لإثبات القانون الأجنبي . فالمشرع لم يفترض علم القاضي به . وبعبارة أخرى يمكن القول إن القاعدة التي تقضى بعلم القاضي بالقانون *jura novit curia* ، يرد عليها استثناء يتعلق بالقواعد العرفية من ناحية ، وقواعد القانون الأجنبي من ناحية أخرى . ومثل هذا الاستثناء تسنده اعتبارات عملية بحته . ولكنه لا يفيد بأى حال تجريد القواعد المتقدمة من الصفة القانونية واعتبارها من قبيل الوقائع (١) .

نخلص إذن مما تقدم أن إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الألماني يخضع لقاعدة تنظيمية تستجيب إلى الصعوبات العملية في إدراك مضمونه . ولكن ذلك لا يؤثر على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية الأصلية .

ومن خلال التأمل في هذه القاعدة التنظيمية يمكن القول إن المشرع الألماني قد ألقى على القاضي التزاماً بالبحث عن القانون الأجنبي . ولكنه

(١) أنظر هازدول المرجع السابق ص ٢٤٠ - Raspe القانون الدولي الخاص برلين سنة ١٩٥٥ ، مشار إليه في مقال جيليانو السابق ص ٦

أجاز له تكليف الخصوم بتقديم المعونة في الإثبات ، دون إخضاعهم للقواعد العامة في عبء الإثبات .

١ - فن ناحية يستقر الفقه الحديث (١) على أن المادة ٢٩٣ مرافعات تتضمن التزاماً صريحاً على عاتق القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه *ex officio* . يستوى في ذلك أن يكون تطبيق هذا القانون في منازعة قضائية أو بناء على سلطة القاضي الولائية (٢) .

ويستطيع القاضي في سبيل العلم بالقانون الأجنبي استخدام كافة ما في وسعه من وسائل ويستأنس القضاء بوجه خاص بالشهادات الصادرة من الهيئات القنصلية الوطنية والأجنبية ، والمعلومات التي تقدمها مراكز البحوث الألمانية (مثل معهد القانون المقارن في ميونيخ) . كما يعتمد على الاستشارات القانونية من كبار الشراح . ويستطلع الآراء الواردة في كتب الفقه المشهود لها بقيمة علمية خاصة .

ومن الآثار الهامة المترتبة على التزام القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي أنه لا يجوز التخلي عن نظر الدعوى بحجة أن الخصوم قد عجزوا عن إثبات القواعد القانونية الواجبة التطبيق . وبالتالي يجوز الطعن في الحكم ، لقصور في التسبيب ، إذا أعلن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأن المدعي لم يتمكن من تعريف المحكمة بأحكامه . وقد استقر القضاء على هذا المبدأ منذ مطلع هذا القرن .

وأكدت المحكمة العليا في Cologne هذا الاتجاه ، في حكم حديث لها صدر في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٠ (٣) . وقد جاء فيه أن محكمة الموضوع غير

(١) أنظر جيليانو المرجع السابق ص ٨ حيث يشير إلى مجموعة من شراح المحدثين للقانون الألماني تؤكد هذا الاتجاه .

(٢) راجع Makarov « اثبات الحالة المدنية الأجنبية والقانون الأجنبي » منشور في مجلد القانون الدولي الخاص للأسرة . جمعية التشريع المقارن باريس سنة ١٩٥٤ ص ٥٣١ .

(٣) منشور في *Journal du droit international* سنة ١٩٥٤ ص ٩٩٤ .

ملزمة باتباع طرق مرسومة أو محددة لاثبات القانون الأجنبي . ولا يحق للطاعن الاحتجاج بأن القاعدة الاستثنائية الأجنبية يقع عبء إثباتها على من يتمسك بحكمها ، وأن فشله في هذا الإثبات يقتضى استبعادها . وذلك أن المشرع لم يضع أى قيد على حرية المحكمة في الاستقصاء عن القانون الأجنبي بكافة الطرق التي تراها .

يستفاد إذن مما تقدم أن الفقه والقضاء الألماني يعتبر تدخل الخصوم في اثبات القانون الأجنبي مجرد معاونة من جانبهم . ولكنه لا يعنى القاضي من الالتزام القانوني الذي يفرض عليه البحث عن هذا القانون والتعرف عليه بكافة الطرق .

٢ - وذلك أنه من ناحية أخرى ينبغي تحديد موقف الخصوم من الاثبات . على أساس أن القانون لا يضع على عاتقهم التزاماً بهذا الإثبات .

وإنما يجوز للقاضي . وهو يبذل الجهد للتعرف على قواعد القانون الأجنبي . أن يلجأ إليهم ويطلب العون في هذا الصدد . بل وإن هذه المعاونة أمر طبيعي من جانب صاحب المصلحة الحريص على تطبيق هذا القانون .

ولما كان الخصم غير ملزم قانوناً بتقديم معلومات عن القانون الأجنبي ، فإن القاضي بطبيعة الحال لا يتقيد أيضاً بالعلم الذي يستقيه منه . بل وإن القاضي يتعين عليه تطبيق القانون الأجنبي دون طلب من الخصوم ، ورغما عنهم إذا تمسكوا بالقانون الألماني بدلاً من القانون المختص الذي أشارت به قاعدة الاسناد الوطنية .

وهكذا يتضح لنا أن واجب الخصم يقتصر على معاونة المحكمة في التعرف على القانون الأجنبي إذا كان ذلك في استطاعته . ولكن المحكمة لا تملك القاء عبء الإثبات عليه . إذ يقع هذا الالتزام على عاتق القاضي بقوة القانون .

وقد أكدت المحكمة العليا في ميونيخ هذا المعنى في حكم لها في ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٢ جاء فيه إن القاضي يستطيع طلب معونة الخصوم للعلم بالقانون الأجنبي . ولكن لا يجوز تطبيق القواعد التي تحكم إثبات الوقائع ، وبصفة خاصة لا يجوز استبعاد القانون الأجنبي بحجة فشل صاحب المصلحة في إثباته وذلك أن للقاضي البحث عن هذا القانون بكافة وسائل الاستعلام (١) .

نخلص إذن مما تقدم : أن القاضي لا يملك مطالبة الخصوم بإثبات القانون الأجنبي على سبيل الالتزام . وهو ما يؤكد بطريقة قاطعة عدم جواز اعتبار هذا القانون من قبيل الوقائع .

وأما يستطيع القاضي طلب العون من الخصوم ، والمشاركة في البحث عن مضمون القواعد الواجبة التطبيق .

ولكن فشل الخصوم لا يعفي القاضي من متابعة البحث . ذلك أن القانون الألماني قاطع في أن إثبات القانون الأجنبي واجب على القاضي ، شأنه شأن كافة القواعد القانونية بوجه عام .

ولئن كان المشرع قد أقر مبدأ تعاون الخصم والقاضي في هذا الإثبات فإن المحكمة من ذلك هي الصعوبات العملية التي قد يصادفها القضاء إذا ما انفرد بالبحث وحده . وفي هذا الصدد يتلاقى القانون الأجنبي مع القواعد العرفية الوطنية على النحو السابق بيانه .

١١ - مدى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي :

كان من المتوقع أن يتابع المشرع الألماني منطقته في معاملة القانون الأجنبي من حيث الإثبات . وأن يقرر سلطة المحكمة العليا في الرقابة على تطبيقه وتفسيره بواسطة قاضي الموضوع .

ومع ذلك نجد الفقه والقضاء السائد مستقراً على أن خطأ محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف في تفسير القانون الأجنبي لا يميز للمحكمة العليا

(١) طالعنا هذا الحكم في مقال جيليانو المشار إليه ص ٩

سلطة التعديل (١) . وقد أكدت هذه المحكمة اتجاهها في حكم حديث في ٣ أكتوبر سنة ١٩٥٦ (٢) .

ويستخلص هذا المبدأ صراحة ، وفقاً للرأي الراجح ، من المادة ٥٤٩ في تقنين المرافعات المدنية الجديد (يقابلها المادة ٥١١ في القانون القديم) . فهي تقضي في فقرتها الأولى بأن الطعن بالتعديل لا يقبل إلا عند مخالفة قاعدة قانونية ألمانية من القواعد الاتحادية .

بل ويضيف الشراح ، تعليقاً على هذا النص ، أن مهمة المحكمة العليا تتعارض مع تمكينها من سلطة الرقابة على مخالفة القانون الأجنبي أو الخطأ في تفسيره . إذ تقتصر هذه المهمة على توفير الوحدة والتناسق في تطبيق القضاء لقواعد القانون الوطني فقط . وكما يقول أحد الفقهاء إن المحكمة العليا مكلفة بالمحافظة على وحدة القانون داخل البلاد ، ولا يجوز لها تجريح سلطاتها بنظر الأحكام الخاطئة المتعلقة بالقانون الأجنبي (٣) .

وفي تقديرنا أن هذا الموقف يبدو غريباً في ظل التقدير الألماني لفكرة القانون الأجنبي عند إثباته . فالزام القاضي باثباته ، وتكليف الخصوم بمعاونته دون فرض الواجب عليهم في هذا الصدد ، يرق بالقانون الأجنبي إلى مرتبة القواعد القانونية البحتة . ويجعله في منزلة القواعد العرفية التي تتعاون المحكمة مع الخصوم في سبيل التعرف عليها .

وكان منطق هذه المعاملة يقتضي إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا أيضاً . وهو جهد ليس بعزيز على قضائها . إذ الأولى بهم أن

(١) أنظر Lewald « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القوانين الأجنبية - دراسة في القضاء المقارن » منشور بمجموعة أكاديمية لاهاي سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٢٠٥ وما بعدها وخاصة ص ٢٨٦

(٢) *Journal du droit international* سنة ١٩٥٨ ص ١١٤١

(٣) أنظر مقال جليانو المشار إليه سابقاً ص ١٠ ، وقد جاءت فيه هذه الإشارة .

ملكوا القدرة الفنية والعملية على الدراية بالقانون الأجنبي ، ما دام المشرع الألماني قد ألزم قضاة محاكم الموضوع بالبحث عنه .

وينتقد بعض الفقه الألماني الحديث هذا الاتجاه السائد (١). ويعلم أن إيمانه بوجود فرض رقابة شاملة من المحكمة العليا على محكمة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي . وهي رقابة تملأ اعتبارات العدالة والأمن القانوني .

ولا يصح في تقدير هذا الفقه الاحتجاج بأنه مخرج عن سلطة المحكمة العليا اتخاذ اجراء تحقيق أو تحرى . ذلك أن العمل الذي تقوم به المحكمة وهي تبحث عن القانون الأجنبي ليس من قبيل التحقيقات التي تنص على لها المحاكم بالنسبة للوقائع . وإنما هو عمل قريب الشبه بسلطة المحكمة العليا وهي تحاول التحقق من وجود القاعدة العرفية . بل وهو لا يختلف في طبيعته من جهاد المحكمة في الكشف عن مضمون القواعد القانونية بوجه عام .

وهو يضيف إلى ذلك أن عدداً كبيراً من النظم القانونية الأجنبية يقر سلطة المحكمة العليا في نقض الأحكام التي تخلف في تطبيق القانون الأجنبي مثل النظام الإيطالي والروسي . وكذلك الحال أيضاً في كل من البرتغال والنمسا وتشيكوسلوفاكيا ، وبولنده ويوغوسلافيا .

ومن هذه التجربة الأجنبية الواسعة المدى يمكن التغاضي عن العقبات المزعومة التي أثبتت ضد تمكين المحكمة العليا من سلطة الرقابة . فلا محل إذن للخشية من هذه الرقابة في النظام الألماني .

ومن أجل هذا كله يسود الاتجاه إلى إعتبار نص المادة ٥٤٩ مرافعات من النصوص الاستثنائية التي لا يجوز القياس عليها . وبعبارة أخرى يكون الحكم المقرر فيها قيداً على النتائج الطبيعية التي كان ينبغي أن تترتب على اعتبار

(١) أنظر هانز دول المرجع السابق ص ٢٤٧ وما بعدها وخاصة ص ٢٤٩ .

القانون الأجنبي من القواعد القانونية ، والتي من بينها بصفة خاصة الاعتراف
بسلطة المحكمة العليا في الرقابة على تطبيقه وتفسيره .

ولما كان حكم هذا النص يمثل قيداً على المبدأ عام ، فقد استقر الفقه
والقضاء على جواز تعديل الأحكام الصادرة من محاكم العمل إذا أخطأت
في تطبيق القانون الأجنبي ، خلافاً لما هو مقرر في شأن الدعوى المدنية (١) .

بل وإن هذه الرقابة قد فرضت في بعض حالات استثنائية ، حتى بالنسبة
للدعوى المدنية ، وذلك على النحو الآتي :

١ - فند سنة ١٩٣٢ أجاز الطعن بالتعديل إذا كان الحكم المطعون فيه
أخطأ في تطبيق قانون أجنبي ، وكانت قواعد الاسناد في هذا انقانون
الأجنبي تتضمن الاحالة إلى القانون الألماني .

والحكمة من قبول الطعن في هذا الصدد أن التطبيق الصحيح للقانون
الأجنبي يفضى إلى تطبيق القانون الألماني على موضوع النزاع . بينما يؤدي
التطبيق الخاطئ إلى مخالفة القواعد القانونية الوطنية ، على أساس أنها
استبعدت على خلاف ما ينبغي أن يكون . (٢) .

وقد أكدت المحكمة الاتحادية الألمانية هذه الرقابة في أحدث أحكامها .
فقضت في ١٤ فبراير سنة ١٩٥٨ بأنه يجوز فرض الرقابة على قاضي الموضوع
إذا خالف قواعد الاسناد الأجنبية (٣) . فهذه المخالفة تؤدي إلى استبعاد
تطبيق القانون الألماني . وعمل القاضي في هذا النطاق لا يمس موضوع الدعوى
في ذاتها . وإنما يكون قاصراً على تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق .
وهو يبحث عنه في قاعدة الاسناد الوطنية أولاً . ثم في قاعدة الاسناد الأجنبية
ثانياً . إذ من المعلوم أن النظام الألماني يقر مبدأ الاحالة إلى قانون القاضي .

(١) جيليانو المرجع السابق ص ١١

(٢) هازردول المرجع السابق ص ٢٤٧

(٣) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٥٨ ص ٥٤٦

ومن ثم يجب إخضاعه لرقابة المحكمة العليا لامكان توفير الفرصة لتطبيق القانون الصحيح الذى تشير به قاعدة الاسناد .

٢ - والاستثناء الثانى هو جواز قبول الطعن بالتعديل إذا كانت محكمة الاستئناف طبقت القانون الأجنبى على نحو يخالف مبادئ النظام العام الألمانى . وهو استثناء طبيعى تفرضه فى الواقع القواعد العامة . التى ترخص للمحكمة العليا رقابة قضاء الموضوع فى تقدير فكرة النظام العام . وعدم جواز تطبيق قواعد قانونية تخالفها أبدا ما كانت طبيعة هذه القواعد .

١٢ - خلاصة وتقرير :

نخلص مما تقدم أن النظام الألمانى يعتنق موقفين متعارضين بشأن تطبيق القانون الأجنبى . فهو بالنسبة للاثبات يبدأ من الإيعان بأن القانون الأجنبى يعتبر من قواعد القانون . وبذلك يلزم القاضى بالبحث عنه بكافة الطرق . ويمنحه الحق فى طلب معونة الخصوم دون إلقاء عبء الإثبات عليهم .

أما بالنسبة لرقابة المحكمة العليا . فهو يضع نصاً تشريعياً يقف عقبة فى سبيل توفير هذه الرقابة . وبذلك يطلق الحرية لقضاة الموضوع فى التطبيق والتفسير .

ويتجه الفقه والقضاء الحديث إلى إعتبار هذا الحكم استثنائياً لا يجوز القياس عليه . وهكذا أجازت الرقابة على محاكم العمل فى تطبيق القانون الأجنبى . كما تقررت بعض استثناءات يجمعها فكرة أن التطبيق الخاطىء الذى يودى إلى المساس بسلامة القواعد الوطنية الألمانية يخضع للرقابة . وبوجه عام يتذمر بعض الفقه من هذا النص التشريعى الذى حال دون توفير الرقابة الشاملة . ويستأنس بنجاح تجربة الرقابة فى القانون المقارن ، وعلى مدى واسع فى غير القليل من الدول . على النحو السابق تفصيله .

وفى تقديرنا أن موقف المشرع الألمانى فيه بعض الغرابة . فهو يؤكد حرصه على معاملة القانون الأجنبى معاملة القواعد القانونية : شأنه شأن العرف ، بالنسبة للاثبات . ويأتمن قضاء الموضوع على البحث عن القانون

الأجنبي . بل ويلزمهم بذلك متخبطاً كافة العقبات العملية التي قد تعوق هذا البحث . ثم يضمن على المحكمة العليا ، وقضاها أكثر خبرة وأوسع فرصة ، في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي والوقوف على قواعده الصحيحة .

(ثالثاً) النظام الايطالى^(١) :

أول ملاحظة ينبغى الأدلاء بها عند بحث النظام الايطالى هي عدم وجود نصوص تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي ، أو رقابة محكمة النقض على تفسيره . وبذلك تستخلص الحلول التي نعالجها فيما يلي من اتجاهات الفقه والقضاء .

١٣ - تمهيد - غاية فلفية خاصة بطبيعة القانون الأجنبي

اهتم الفقه الايطالى بوجه خاص بطبيعة القانون الأجنبي وصفته عند التطبيق أمام القضاء الوطنى . وقد تأثر هذا الفقه بتعاليم انزلوتى Anzilotti فى مطلع هذا القرن ، والى تؤكد الازدواج المطلق للنظام الداخلى والنظام الدولى .

ومن خلال هذا النظر ظهرت الفكرة التى تنادى بخصوص النظام القانونى Exclusivisme . ويقصد بها قصر الطبيعة القانونية على ما يندمج فى نظام معين ، وإنكارها على كل ما يخرج عنه^(٢) .

ولا يتصور تقرير قيمة قانونية معينة لأى نص أجنبى الا بإضافته للنظام القانون الداخلى ؛ وبذلك يجب منح الصفة الوطنية لكل قاعدة قانونية يطبقها القضاء الوطنى حتى ولو كانت من أصل أجنبى .

(١) أنظر فى هذا الموضوع بوجه خاص مقال جيليانو المشار اليه سابقاً ص ١٩ وما بعدها - كوادرى فى اثبات القانون الأجنبى مقال منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٣ - باتيغول فى مؤلفه عن القانون الدولى الخاص فقرة ٣٢٧ - Lewald « رقابة المحاكم العليا فى تطبيق القوانين الأجنبية » منشور فى مجموعة محاضرات أكاديمية لاهائ سنة ١٩٣٦ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى Ago محاضرات أكاديمية القانون الدولى بلاهائ سنة ١٩٣٦ ص ٣٠٢

ومن الواضح أن هذا التصوير لقواعد القانون الأجنبي ، ونفى الصفة الوطنية عنه ما دام لم يندمج في القانون الوطني ، يتأثر إلى حد بعيد بالنظرية البهجة للقانون عند كلسن ، التي تؤمن بأن القانون يرتد إلى مشيئة الدولة ، وأن الدستور هو قمة التنظيم القانوني الذي تنبع منه كافة القواعد القانونية^(١).

ويظهر الخلاف بين الشراح عند محاولة وضع أساس في لادماج القانون الأجنبي في القانون الوطني واعتباره جزءاً منه .

فالبعض يؤمن بفكرة الادمج المادي أو الموضوعي . ومقتضاها أن القاعدة القانونية تفقد صفتها الأجنبية . ويندمج مضمونها في القواعد الوطنية . وبعبارة أخرى يمكن القول بأن محتويات القانون الأجنبي تذوب في وعاء القانون الوطني ، وتصير جزءاً منه ، ومعنى ذلك أن القانون الوطني يعتنق بالنسبة للحالة المعروضة أمامه قواعد موضوعية مماثلة للقواعد المقررة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق^(٢) .

ويكتفى البعض الآخر بالاندماج الشكلي أو الخارجي^(٣) . ومعناه أيضاً أن قواعد القانون الأجنبي تصير جزءاً من القانون الوطني ولكنها تحفظ بمآلها وطابعها . ويتميز هذا الاتجاه بأن تحديد مضمون القانون الأجنبي وتفسيره يتم وفقاً للأصول المتبعة في دولة هذا القانون ، خلافاً للاتجاه السابق الذي يؤدي إلى فناء القواعد الأجنبية في القواعد الوطنية ، وإخضاع تفسيرها للأهاليب المقررة في قانون دولة القاضي .

ويؤيد هذا الاتجاه الأخير بعض الفقهاء الإيطالي المعاصر ، ويؤكد أن

(١) راجع باتيفول « نظرات فلسفية في القانون البول الخاص » ص ١٢٠ - وأنظر مؤلفنا في النظرية العامة للقانون ص ٣١٣ وما بعدها .

(٢) أنظر في الإشارة إلى الفقهاء الإيطاليين أصحاب هذا الرأي ، باتيفول « القانون البول الخاص » فقرة ٣٢٧ هامش ٣ - موري « القواعد العامة لتنازع القوانين » فقرة ٥٢ وما بعدها .

(٣) قال بهذا الرأي Ago في كتابه بالإيطالية من القانون البول الخاص ، أنظر الإشارة إليه موري المرجع السابق فقرة ٥٨ ، باتيفول المرجع السابق ص ٣٨١ .

القاعدة القانونية التى يطبقها القاضى لا يمكن أن تكون سوى قاعدة وطنية (١)

ومن هذا يظهر لنا أن الاتجاه العام فى الفقه الايطالى ، مع اختلاف فى التعبير وفى بعض النتائج ، يؤمن بوجود اكتساب القانون الأجنبى الصفة الوطنية عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى .

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد ، باعتبار أنه ليس من الطبيعى أن ندمج فى نظام قانونى معين قواعد قانونية غريبة عنه . وأحسن بعض الشراح الايطاليين بشذوذ هذا الوضع ، واتجهوا حديثاً نحو التمييز بين النظام القانون الوطنى والأجنبى (٢) .

وفى تقديرنا أن الفقه الايطالى قد تورط فى تعقيد المشكلة ، واندفع فى محاولات غامضة ومفتعلة لتحديد طبيعة القانون الأجنبى . ولكن يحمّد له على أية حال تأكيد الاتجاه بأن القانون الأجنبى لا يتحول إلى مجرد واقع عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى .

مهما يكن من أمر فإن إرهاب الفقه للمشكلة من الوجهة النظرية لم يترتب عليه اتفاق الشراح على الحلول العملية الواجبة الاتباع بشأن إثبات القانون الأجنبى ، ورقابة محكمة النقض . بل إن البعض منهم ، رغم تسليمه بالطبيعة القانونية للقواعد الأجنبية . يرى الاستسلام للاعتبارات العملية ، وعدم الزام القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه وبالبحث عنها (٣) .

وفىما بلى نعالج مسألة الاثبات . ثم ننتقل إلى رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبى .

(١) أنظر كوادرى المقال المنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ص ١ وما بعدها .

(٢) أنظر باتيفول « نظرات فلسفية فى القانون الدولى الخاص » ١٢١ ، وأنظر أيضاً مؤلفه المشار إليه سابقاً ص ٣٨١ هامش ٤ .

(٣) راجع كوادرى المقال المشار إليه سابقاً .

١٤ - اثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الإيطالي :

كان الاتجاه الأول في القضاء الإيطالي إلى إعتبار قواعد القانون الأجنبي من قبيل الواقع . وبالتالي يلزم صاحب المصلحة في الدعوى بإثبات القواعد الذي يستند إليها .

والفكرة الأساسية التي تبرز من أحكام هذا القضاء أن قوانين الدولة الأجنبية تعتبر في إيطاليا في حكم الوثائق والأوراق المقدمة في الدعوى ، أو في حكم العقود . وبذلك لا يعتد بها إلا بقدر ما يستطيع الخصم إثبات وجودها .

بل ويظهر هذا الاتجاه أيضاً في بعض الأحكام الحديثة . ومن قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة نابولي في ٤ مارس سنة ١٩٥٥ والذي يقضى صراحة بأن « القانون الأجنبي يجب أن يعتبر مسألة واقع ، بما يترتب على ذلك من عدم جواز تطبيق القاضي له تلقائياً . ووجوب تمسك الخصم به وإثبات مضمونه (١) .

وبالرغم مما تقدم . يرى الفقه الإيطالي الحديث أن الفحص الدقيق والعميق لأحكام القضاء يفرض إلى تأكيد القول بأن الاتجاه القضائي السائد ، هو اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة قانونية . ولعله يكفي في سبيل تعزيز هذا النظر التأمل في بعض الأحكام الهامة التي أصدرها القضاء الإيطالي (٢) ، واستخلاص بعض المبادئ التي تتمشى مع منطق معاملة القانون الأجنبي معاملة القواعد القانونية .

(١) في هذا المعنى أيضاً محكمة استئناف تورينو في ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٦ - محكمة تريستا في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٨ - حكم المحكمة العليا في ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٨ ، وحكم الجمعية العمومية لهذه المحكمة في ٢ مايو سنة ١٩٦٠ . راجع هذه الأحكام كلها منشورة في مقال جيليانو المشار إليه سابقاً ص ٢٠ .

(٢) أنظر جيليانو المرجع السابق ص ٢١ .

١ - فيلاحظ أولاً أن أحكام القضاء الإيطالي قد تواترت على أن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في ٣٠ أبريل ١٩٥٥ بقولها ، إن القاضي يستطيع تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ما دام هو القانون المختص بنظر النزاع وفقاً لقاعدة الاسناد (١) .

ويمكن تأصيل هذا المبدأ بالنظر إلى وظيفة قواعد الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق . فالواقع أن تطبيق القانون الأجنبي يكون بأمر من الدولة التي يحكم القاضي باسمها . والمفروض في القاضي أن يمثل لأوامر دولته . وقد تأكدت هذه الفكرة في الكثير من أحكام المحكمة العليا الإيطالية وتأثر البعض منها باتجاهات الفقه الإيطالي في ادماج القانون الأجنبي في للقانون الوطني واعتباره جزءاً منه .

وقد تردد المبدأ المتقدم في أحدث أحكام المحكمة العليا في ١٣ نوفمبر ١٩٥٩ فقضت بأنه عند عدم تعاون الخصوم في إثبات القانون الأجنبي ، يتصدى القاضي للتعرف عليه بكافة وسائله في المعرفة (٢) .

وتميز هذا الحكم باتخاذ موقف فقهي من طبيعة القانون الأجنبي . فهو لا يأنس إلى إدماج القانون الأجنبي في قواعد القانون الوطني لإدماجاً موضوعياً ولكنه يشير إلى احتفاظه بالصفة القانونية وإنائه إلى نظام آخر غير النظام الوطني . وفي هذا الصدد نلمس اتجاهاً جديداً في القضاء الإيطالي يخرج عن المألوف . ويرى أن القانون الأجنبي تبقى له طبيعته وصفته الأجنبية .

٢ - ويلاحظ ثانياً أن القضاء الإيطالي لا يلزم الخصوم بإثبات مضمون القانون الأجنبي . وبعبارة أخرى لا يلقي عبء الإثبات عليهم كما هو الحال بالنسبة للوقائع التي يدعيها أحدهم .

(١) Journal droit international سنة ١٩٥٧ ص ١٦٨

(٢) أنظر هذا الحكم في مقال جيليانو المشار إليه ص ٢٣ - كما يتضمن هذا المقال أيضاً مجموعة كبيرة من أحكام القضاء القديمة والحديثة التي تدعم الاتجاهات الواردة في المتن .

ومنطق هذا الاتجاه أن القاضي ليست له فقط مجرد السلطة في البحث عن القانون الأجنبي . وإنما يقع عليه التزام هذا البحث تلقائياً ، دون حاجة إلى تمسك الخصوم به .

وغنى عن البيان أن القاضي حر أيضاً في تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم في الدعوى ، وفي تكوين اقتناعه بها أو استبعادها .

والواقع أن القاضي الإيطالي قد يعتمد على معاونة الخصوم في الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي . وهم في هذا الصدد يقدمون عادة النصوص التشريعية الأجنبية ، وآراء قانونية مكتوبة صادرة عن الفقهاء الإيطاليين والأجانب ، وشهادات صادرة من الهيئات الدبلوماسية والقنصلية سواء كانت وطنية أو أجنبية ، وكذلك أيضاً كتب الشراح وبحوثهم ، وكافة المستندات المجدية في تفسير العلم بقواعد القانون الأجنبي ومضمونها .

وقد اعتادت المحاكم الاكتفاء بفحص هذه المستندات ، دون أن تكلف نفسها عنا البحث الشخصي أو اتخاذ اجراء تلقائى للعلم بالقانون الأجنبي وقالت محكمة ميلانو في أحد أحكامها أن هذا المسلك مرده إلى كسل القاضي ، ورغبته في تجنب مشقة البحث المضني الذي لا تؤمن عاقبته (١) .

ولا يزال بعض الفقه الحديث يستند إلى الدور الذي يلعبه الخصوم في إثبات القانون الأجنبي للقول بأنه يعتبر في حكم الوقائع (٢) . كما يؤكد البعض الآخر سلامة هذا الوضع ازاء الصعوبات العملية في التعرف على القانون الأجنبي ، ورغم التسليم باعتبار قواعده من القواعد القانونية (٣) .

(١) حكم صادر من محكمة ميلانو في ١٠ يونية ١٩٤٩ أشار إليه في مقال جيليانو ص ٢٥
(٢) يقول بهذا الرأي الفقهاء فتتوريني ، وساتا ، في مقالين منشورين في الكتاب السنوي للقانون الدولي سنة ١٩٤٩ ، ١٩٥١ وهو ينشر باللغة الإيطالية . أشار إليهما في مقال جيليانو ص ٢٥ .

(٣) راجع كوادري في دروس القانون الدولي الخاص بقسم الدكتوراه بالاسكندرية ، المستخرج الخاص من اثبات القانون الأجنبي سنة ١٩٦١ (على الآلة الكاتبة) .

ويمكن أن نخلص مما تقدم إلى أن أشتراك الخصوم في إثبات القانون الأجنبي لا يرقى إلى مرتبة الالتزام القانوني كما هو الحال في شأن الوقائع . ولكنه استجابة للعقبات العملية التي قد تعوق القاضي وهي في سبيل البحث عن قواعد القانون الأجنبي .

١٥ - رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي :

ليس في نصوص القانون الإيطالي ، كما هو الحال في القانون الألماني ، ما يمنع فرض سلطة محكمة النقض في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي . بل على النقيض من ذلك جاء نص المادة ٣٦٠ من تقنين المرافعات الصادر سنة ١٩٤٠ ، في صياغة واسعة ومرنة تسمح بتوفير هذه الرقابة . فهو يقضي بجواز الطعن بالنقض إذا كان هناك مخالفة لقاعدة قانونية أو خطأ في تطبيقها (١) .

ومن الواضح أن استعمال عبارة القاعدة القانونية يسمح بانصراف معناها إلى القانون الأجنبي في ظل التصوير الذي يحفظ لهذا القانون بطبيعته القانونية . وهو الاتجاه السائد كما نعلم في الفقه والقضاء الإيطالي .

وعلى ضوء ما تقدم استقر القضاء الإيطالي منذ أواخر القرن التاسع عشر حتى الآن على تقرير رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي . ما دام هذا القانون قد وجب تطبيقه وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية (٢) .

وبذلك يجوز الطعن بالنقض في كل حكم أغفل تطبيق القانون الأجنبي أو تضمن مخالفة أو خطأ في تطبيقه .

(١) أنظر مودى التقرير المنشور في أعمال اللجنة الفرنسية لقانون البول الخامس

١٩٤٨ - ١٩٥٢ ، ص ١٠٠

(٢) أنظر Lewald « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القانون الأجنبي » مستخرج خاص

من مجموعة محاضرات القانون الدولي ببلده سنة ١٩٣٦ ، ص ٩٠ وما بعدها - جيليانو
المقال اشار اليه سابقاً ص ٢٦ وما بعدها .

والفكرة السائدة التي تسند هذه الرقابة هي أن القاضي الإيطالي يطبق القانون الأجنبي بأمر من دولته ، وليس بأمر المشرع الأجنبي .

١٦ - خلاصة وتقرير :

يمكن إيجاز الوضع السائد في القانون الإيطالي على النحو التالي :

١ - لا يتضمن القانون نصاً تشريعياً تحكم إثبات القانون الأجنبي أو رقابة محكمة النقض على تطبيقه . وبذلك ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء .

٢ - استقر الفقه في اتجاهه السائد رغم اختلاف وجهات النظر التفصيلية على الاحتفاظ للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، مع ميل غالب إلى إكتسابه الصفة الوطنية .

٣ - تضاربت أحكام القضاء حتى كادت أن تستقر على إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه . وهو يملك البحث عنه بوسائله الخاصة . ولكن جرى العمل على الاعتماد على جهد الخصوم في هذا الصدد . إزاء الصعوبات العملية التي يلاقها القاضي .

٤ - أخيراً اتفق القضاء منذ زمن بعيد على تقرير سلطة المحكمة العليا في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي .

ومن هذا كله نخلص إلى أن النظام الإيطالي قد قطع شوطاً بعيداً في طريق معاملة القانون الأجنبي على قدم المساواة مع القانون الوطني . ولا يظهر الفارق في المعاملة إلا فيما جرى عليه العمل من أن الخصوم عادة هم الذين يتكفلون بإثبات القانون الأجنبي .

(رابعاً) النظام الفرنسي :

يشترك النظام الفرنسي مع النظام الإيطالي في عدم وجود قواعد تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي ، ورقابة محكمة النقض على تفسيره

وعلى هذا النحو جاءت الحلول العملية وليدة جهود فقهية وقضائية ، متنوعة ومتطورة ، على مدى زمن طويل .

١٧ - اثبات القانون الاجنبى امام القضاء الفرنسى :

كان الفقه الفرنسى القديم يسلم فى بساطة بأن على القاضى واجب تطبيق القانون الاجنبى من تلقاء نفسه ، ودون طلب الخصوم ، مادامت قاعدة الاسناد الوطنية أشارت بتطبيق هذا القانون ، وسواء كانت هذه القاعدة تشريعية أو غير تشريعية .

بل وإن سكوت الخصوم عن طلب تطبيق القانون الاجنبى أو إثباته لا ينفى أن يعوق تلبية إرادة المشرع فى إخضاع النزاع لقواعد قانونية معينة .

ولئن كان العمل قد جرى على اشتراك الخصم فى إثبات القانون الاجنبى بتقديم نصوص تشريعية أو شهادات رسمية أو أقوال الفقهاء ، فان القاضى له كل الحرية فى أن يحكم وفقاً لغير ما قدم الخصوم من وثائق . وعندما يعجز تماماً عن التعرف على القانون الاجنبى ، يفترض موافقته لقواعد القانون الوطنى ، ويحكم فى الدعوى وفقاً لهذا الافتراض (١) .

ولكن القضاء الفرنسى استقر فى إصرار على تأكيد مبدأ آخر : هو أن اثبات مضمون القانون الاجنبى يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه . ويستطيع القاضى التصدى لتطبيقه من تلقاء نفسه . ولكنه غير ملزم بهذا التطبيق بحكم القانون ما لم يطلب اليه ذلك . وفيما يلى تفصيل ما أبحرناه :

١ - أول ما يستخلص من اتجاه القضاء الفرنسى أو اثبات القانون الاجنبى يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه (٢) .

(١) أنظر Weiss القانون الدول الخاص العلية الثامنة ص ٣٩٨ .

(٢) راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ٢ مارس سنة ١٩٦٠ ، منشور فى المجلة الانتقادية للقانون الدول الخاص سنة ١٩٦٠ ص ٩٧ - نقض ملغى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ ، مجلة الأسبوع القانونى ، قسم ٢ ص ٤٥٣٢ مع تعليق فليسير - نقض ملغى فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٥٠ دالوز سنة ١٩٥٠ ص ٣٦١ مع تعليق لينوان .

وقد اعتاد الخصوم لتعريف القاضى بحكم القانون الأجنبى تقديم ما اصطلاح على تسميته بالشهادات العرفية *certificats de coutume* وشهادة العرف هي ورقة مكتوبة تصدر عن أهل الخبرة المتخصصين في العلم بالقانون الأجنبى . وهو اصطلاح مستعار مما جرى عليه العمل في فرنسا قديماً عندما كانت كل مدينة محكومة بعرف خاص بها ، وكان على الشخص عند التمسك بعرف معين أمام محاكم مدينة أخرى أن يقدم شهادة تثبت وجود ومضمون القواعد التى يطالب بتطبيقها .

ولا تعتبر هذه الشهادات الوسيلة الوحيدة المقبولة في الإثبات . كما هو الحال مثلاً بالنسبة لشهادة الخبراء القانونيين في النظام الانجليزى ، وإنما يجوز للقاضى قبول أية وسيلة للعلم بالقانون الأجنبى (١) . وهو يقدر بسلطان مطلق قيمة كل دليل .

ويجب عليه عند تقدير الأدلة بيان الأسباب التى من أجلها استبعد أحدها أو البعض منها ، وإلا يتعرض حكمه للنقض لقصور في التسبيب (٢) .

٢ - ويستخلص ثانياً من اتجاه القضاء الفرنسى أن القاضى يستطيع التصدى لتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه إذا أراد (٣) .

ومعنى ذلك أن القاضى يملك البحث عن مضمون القانون الأجنبى ، بمحض ارادته ، إذا عجز الخصوم عن إثباته . وفي تقديرنا أن النظام الفرنسى يبتعد في هذا الصدد عن اعتبار القانون الأجنبى من قبيل الوقائع . إذ

(١) راجع حكم محكمة استئناف اكس في ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ ، سيرى سنة ١٩٤٨ ، القسم الثانى ص ٨٢ تعليق نيبوايه - وأنظر مورى التقرير المقدم إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ، ص ١١٣ .

(٢) أنظر نقض مدنى ٢٦ أبريل ١٩٥٠ المشار اليه سابقاً . وفيه نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه لأنه رفض دليل الإثبات المستخلص من كتاب فقهي دون ابداء الأسباب .

(٣) أنظر نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٦٠ السابق الإشارة اليه - وكذلك نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، في المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٥٤ ص ٨٦١

من المعلوم أن القاضي ممنوع من تقدير الوقائع واستخلاصها بموجب معلوماته الشخصية .

بينما يرى البعض أن هذه السلطة لا تنفى عن القانون الأجنبي اعتباره في حكم الواقعة . وذلك أن القاضي ممنوع من التصدى للوقائع المتعلقة بالخصوم فقط . أما الوقائع العامة فهو يملك تقديرها والقضاء بموجبها ، مادامت هذه الوقائع مشهورة أو كان العلم بها ميسوراً للكافة (١) .

ويبدو لنا أن التفرقة المتقدمة في شأن الوقائع غير مألوفة في نظرية الإثبات فالنظام الفرنسى ، مثل النظام المصرى ، يقصر اعفاء الخصوم من الإثبات على قواعد القانون فقط . أما الوقائع فليس على القاضي أن يتصدى لمشقة البحث عنها أو تقديرها أو الحكم فيها وفقاً لعلمه الشخصى ، دون تفرقة بين وقائع عامة وخاصة . أو وقائع مشهورة ومجهولة (٢) .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن المبدأ المستقر أمام القضاء الفرنسى هو حرية القاضي المطلقة في التصدى تلقائياً للكشف عن مضمون القانون الأجنبي والالام بقواعده (٣) .

فاذا عجز الخصوم عن الإثبات . وأخفق القاضي في بحثه ، أو لم يتصدى له فعندئذ يحكم لقواعد القانون الفرنسى . على أساس ما يسمى الاختصاص الاحتياطى العام لقانون القاضي (٤) .

(١) قارن باتيفول طبعة ١٩٥٩ ، ص ٣٨٧ .

(٢) راجع موتولسكى المقال المنشور في دراسات مورى ١٥ - ٢٠ - ٤٦ .

(٣) أنظر ليروبور بيجونيير ولسوران موجز الدوى الخاص في دالوز فقرة ٣١٥ - أورى ورو وبارتان الجزء ١٢ الطبعة الخامسة فقرة ٧٤٩ هامش ٣ مكرر - مورى التقرير المشار إليه .

(٤) باتيفول فقرة ٣٥١ - ليروبور بيجونيير ولسوران فقرة ٣١٥ - وراجع في هذا الموضوع بصفة عامة «مورى» القواعد العامة لتنازع القوانين « فقرة ٦٨ .

وهذا الحل الأخير يؤكد مرة أخرى نفي صفة الواقع عن القانون الأجنبي . إذ المفروض بصدد الوقائع ، أن الخصم وحده يكلف بإثباتها . فإذا لم يتيسر له ذلك فهو يخسر الدعوى دون أن يقوم القاضي بأى جهد خاص للمضي فيها (١) .

٣ - ومن ناحية أخيرة نجد أن حق القاضي الفرنسي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي بمحض مشيئته ، لا يقابله التزام قانوني بتطبيق هذا القانون ما لم يطلب إليه ذلك . وإذا طلب الخصوم تطبيق القانون الأجنبي فهو غير مكلف بالعلم به والكشف عن مضمونه (٢) .

ويفسر بعض الفقه الاتجاه المتقدم بأن تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية عندما يؤدي إلى اختصاص قانون أجنبي بنظر الدعوى لا يعتبر من النظام العام وفقاً لقواعد المرافعات الفرنسية . إذ الأصل هو تقرير الاختصاص التشريعي العام للقانون الفرنسي لحكم المنازعات . ولما كان الأمر كذلك فإن القاضي لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي إلا بناء على طلب الخصوم (٣) .

ونحن نميل مع فقه آخر إلى أن أعمال قاعدة الاسناد الوطنية ، سواء أدى إلى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي ، هو تعبير عن قاعدة قانونية أمرة . وبعبارة تعتر قواعد الاسناد ، بما تتضمن من أحكام ، متعلقة بالنظام العام وواجبة التطبيق تلقائياً بصرف النظر عن القانون الذي تشير إلى تطبيقه (٤) . وكما يقول البعض إن تطبيق القانون الأجنبي ليس مجرد حق

(١) موتولسكي المرجع السابق فقرة ٤٧ .

(٢) أنظر باتيفول المرجع السابق فقرة ٣٩١ - نقض مدني فرنسي في ١٢ مارس ١٩٥٩ منشور في Bulletin civil رقم ٥٢٣٦ . ومشار إليه في مقال موتولسكي ص ٣٦٥ هامش ١٠١ نيوايه المطول ص ٣٠ فقرة ١٠٥٤ .

(٣) راجع باتيفول الإشارة السابقة .

(٤) أنظر في هذا المعنى موتولسكي ص ٣٦٥ - موري التقرير المقدم إلى لجنة القانون الدولي الخاص المشار إليه ص ١١٧ .

ويسير القضاء السويسري على مبدأ أن القاضي يبحث القانون الأجنبي ويطبقه من تلقاء نفسه (حكم المحكمة الاتحادية في ١٠ فبراير ، ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢) . مشار إليها في باتيفول ص ٣٩٢ هامش ٢ .

أو مجرد واجب ، وإنما هو التزام قانوني يقع على عاتق القاضي ما دامت قاعدة الاسناد الوطنية قد أشارت بتطبيقه (١) .

ومع ذلك نجد أن الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي حتى الآن هو عدم الزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، مع الترخيص له بذلك إذا أراد .

وقد ترتب على هذا الاتجاه تسليم القضاء بحق الخصم في التمسك بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف باعتباره لا يتقدم بطلب جديد . وإنما يحتاج بوسيلة دفاع جديدة فقط هي أعمال قاعدة الاسناد الوطنية وإخضاع النزاع للاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي . ولكن لا يجوز مثل هذا الاحتجاج لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

هذه خلاصة لاتجاهات القضاء الفرنسي في معاملة القانون الأجنبي من حيث الاحتجاج بتطبيقه أو إثبات مضمونه . وهي كلها تنفيذ تمييزاً واضحاً بين القانون الأجنبي والقانون الوطني . بل وتكاد تقرب به من الوقائع كما ينادى بذلك بعض الشراح . وخاصة الأستاذ باتيفول أحد الرواد المعاصرين للقانون الدولي الخاص في فرنسا .

١٨ - نظرات فقهية على موقف القضاء في الالبيات :

ليس في نيتنا أن نخوض في جدل فقهي طويل حول طبيعة القانون الأجنبي وصفته عند التطبيق أمام القضاء الوطني . فقد أشرنا في التمهيد لمنهج

(١) Holleaux تعليق منشور في مجموعة أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص

١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٢٥

(٢) راجع نقض مدني فرنسي ١٢ مايو سنة ١٩٥٩ ، دالوز ١٩٦٠ ص ٦١٠ مع تعليق مالوري ، وأنظر أيضاً تعليق موتولسكي حل نفس الحكم في مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٦٠ القسم الثاني ص ١٧٣٣ - وكذلك راجع نقض مدني في ١١ يوليو سنة ١٩٦١ ، المجلة الانتقادية لقانون الدولي الخاص سنة ١٩٦٢ مع تعليق باتيفول ص ١٢٤ - وقارن بارتان ص ١٠ -قرة ١١٠ .

البحث أن غايتنا الأساسية هي إبراز الحلول العملية التي يلقاها القانون الأجنبي .

ومع ذلك فلعله من المفيد أن نعرض في إيجاز تقدير الفقه الفرنسي للاتجاه السائد أمام القضاء ، الذي شرحنا نتائجه العملية فيما تقدم .

١ - يقود باتيفول ، كما تقدم البيان ، فكرة أن القانون الأجنبي ينطبق أمام القاضي الوطني باعتباره من عناصر الواقع (١) . والأساسي الذي يحكم هذا المذهب هو أن القانون ، أي قانون ، يتضمن عنصرين . عنصر الأمر الذي يستمد منه قوة الاجبار . وعنصر عقلي ويقصد به مضمون القاعدة القانونية واعتبارها دائماً قاعدة عامة مجردة .

وهو يرى أن القانون الأجنبي يتجرد من عنصر الاجبار عند تطبيقه أمام القضاء الوطني . ويبقى له فقط العنصر العقلي . وهو غير كاف للاحتفاظ له بصفة القانون .

ويضيف هذا الرأي أن عمل القاضي في تطبيق القانون الأجنبي يشابه موقف المراقب الاجتماعي الذي يسجل ما هو كائن ، دون أن تكون له وظيفة تقرير ما ينبغي أن يكون (٢) . ومن هنا ينحصر القانون الأجنبي لحكم الوقائع عند تطبيقه .

وهو يرفض تأسيس تطبيق القانون الأجنبي على تفويض يتقرر في قاعدة الاسناد الوطنية . فثل هذا التفويض لمشرع أجنبي مجهول تفسير مفتعل لا يجوز قبوله (٣) .

(١) أنظر باتيفول « القانون الدول الخاص » فقرة ٣٧٨ وما بعدها - نظرات فلسفية ص ١٠٤ فقرة ٤٧ وما بعدها .

(٢) باتيفول « نظرات فلسفية » فقرة ٤٩ ، ص ١٠٩ .

(٣) أنظر موري « القواعد العامة لتنازع القوانين » فقرة ٥٩ وهو يتضمن الإشارة إلى المراجع التي تقول بهذا التفويض .

ويبدو لنا أن هذا التأصيل الأخير لم تعد له أهمية في الفقه الفرنسي الحديث الذي يعارض مذهب باتيفول على النحو الذي سنشير إليه فيما بعد .

٢ - ويرى البعض (١) أن المبادئ السائدة في خصوص معاملة القانون الأجنبي لا تنفي عنه طبيعته القانونية ، ولا تخلع عليه في نفس الوقت الصفة الوطنية . وإنما تبقى له طبيعته الأصلية ، وصفته الأولى . ولكن الحلول المأخوذ بها أمام القاضي الفرنسي تستجيب إلى اعتبارات عملية بحتة ، أخصها صعوبة إثبات القانون الأجنبي وعدم توافر الوسائل الإيجابية عند القاضي للتعرف عليه .

ومن أجل هذا يبدو لهذا الفقه أن القاضي غير مكلف بالبحث عن القانون الأجنبي وحده . ولكن يلتزم بتوجيه نظر الخصوم إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق في النزاع ، ووجوب تقديم الأدلة اللازمة لاثبات مضمونه (٢) .

٣ - ونجد في الفقه الحديث اتجاهًا قويًا نحو إنكار مذهب باتيفول . فقد حان الوقت لأن يسترد القانون الأجنبي طبيعته الأصلية ، وأن تتوافر للقاضي الوسائل الفعالة التي تكفل له المبادرة بالبحث عنه والكشف عن مضمونه (٣) .

والحقيقة أن القانون لأجنبي يستمد قوته من قاعدة الاسناد الوطنية . فهي التي تحفظ له عنصر الاجبار ، وهي التي تكفل له وجوب التطبيق أمام القضاء الوطني . وعندئذ يتعين على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه (٤) .

(١) راجع ليروبر بيجونيزر ولوسوارن موجز دالوز فقرة ٣١٢ ، ٣١٥ .

(٢) أنظر أقوال ليروبر بيجونيزر في مناقشات اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ، ص ١٢١ - ١٢٧ .

(٣) أنظر بيير لوى لوكا تعليق على نقض مدني في ٢١ نوفمبر ١٩٦١ ، منشور في مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٦٢ ، القسم الثاني ١٣٥٢١ .

(٤) راجع مقال موتولسكي المشار إليه ص ٢٦١ . وأنظر أيضاً تقرير موري ص ١١٧ .

ويرى البعض إن القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته وصفته لمجرد المعاملة الخاصة التي يلقاها أمام القضاء . إذ أنه لا توجد علاقة سببية بين القواعد الاجرائية التي قد يخضع لها القانون الأجنبي ، وبين اعتباره قانوناً أو واقعاً . فمن الجائز الإبقاء على هذه القواعد رغم الاعتراف له بطبيعته القانونية . وبالتالي ليس من الضروري معاملته على قدم المساواة مع القانون الوطني (١) .

بل وإن الأستاذ باتيفول نفسه أراد التخلص من حلة النقد العنيفة التي تعرض لها مذهبه . فحرص على توضيح فكرته بأنه لم يقصد أبداً القول بأن القانون الأجنبي يتساوى مع الواقعة من حيث الطبيعة . ولكنه يعامل أمام القضاء كما لو كان من قبيل الوقائع (٢) .

٤ - وأخيراً يتجه فقه القانون المدني إلى أن المعاملة المعاصرة التي يلقاها القانون الأجنبي أمام القضاء تعتبر من مخلفات الماضي ، عندما كان الرأي سائداً بأن القانون الأجنبي يطبق على سبيل المجاملة (٣) .

ومن المعلوم أن هذه النظرية فقدت أنصارها . وبالتالي لم يعد من الجائز الإبقاء على نتائجها .

وواضح أن هذا الفقه يأمل في استرداد القانون الأجنبي طبيعته الأصلية وإلزام القاضى بتطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عنه .

هذه نظرات فقهية موجزة على موقف القضاء في فرنسا . ولعلنا نستطيع أن نستخلص منها بأن النظرة السائدة ترفض تصوير القانون الأجنبي على

(١) راجع Zajtay رسالة إلى باريس سنة ١٩٥٨ في وضع القانون الأجنبي في القانون الدول الخاص ص ١٨ - وأنظر أيضاً فقرة ٢٠ ، ٣٠ في تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي .

(٢) أنظر في هذا التصريح في تقديم رسالة Zajtay المشار إليها ص ٢ .

(٣) راجع أوبري ورو وبارتان جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ - بودان وبيرو الجزء التاسع فقرة ١١٤٣

أنه واقعة . وترى فيه صورة صادقة لقواعد قانونية واجبة التطبيق أمام القضاء الوطنى .

ولئن كان هناك بعض حلول تميز فى المعاملة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى : فأن مرد ذلك إلى الصعوبات العملية التى يلاقيها القاضى فى إثبات القانون الأجنبى . (١)

١٩ - محكمة النقض الفرنسية ترفض الرقابة على تفسير القانون الاجنبى تقدير موقفها :

كان الفقه الفرنسى القديم يؤمن بوجود فرض رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبى . فرأى البعض إن النص الأجنبى يكتسب عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى صفة وطنية . وهو بهذه المثابة يستعير من التشريع الوطنى الضمانات التى تحميه من قصور القاضى . وإن التفسير الخاطىء للقانون الأجنبى لا يعتبر مجرد حكم خاطىء . بل هو مخالفة للقانون الوطنى الذى يحكم القاضى باسمه (٢) .

كما قال البعض الآخر بأن التطبيق الفاسد لقواعد القانون الأجنبى لا يقل خطورة عن الامتناع عن تطبيقه . وكلا الأمرين يفرض رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع . ويكفى أن نتصور حكماً اعتد بسن معينة للأهلية فى قانون أجنبى على خلاف ما هو مقرر فيه (٣) .

وتحفظ جانب من الفقه فأعطى محكمة النقض حق الرقابة فقط فى حالة ما إذا كانت المحكمة التى فصلت فى الدعوى قد فسرت القانون الأجنبى

(١) أنظر مقال جليليانو عن معاملة القانون الأجنبى ، المنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ للمد الأول ص ١٦ - بلانيول وريبير وجابوله المطول الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ .

(٢) أنظر فايس القانون الدول الخاص الطبعة الثامنة ص ٣٩٨ .

(٣) كولان سنة ١٨٩٠ . وقد أشار اليه هانز دول فى مقاله المنشور فى المجلة الانتقادية للقانون الدول الخاص سنة ١٩٥٥ ص ٢٤٨ .

تفسيراً يخرج به خروجاً ظاهراً عن مقتضاه . إذ أنها لا تكون بذلك قد طبقت في الحقيقة القانون الأجنبي الذي أشارت به قواعد الاسناد (١) .

وبالرغم مما تقدم فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية إلى عهد قريب على عدم خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابتها (٢) .

وقد تجاوب كثرة الشراح الفرنسيين مع هذا الاتجاه (٣) ، على خلاف ما ساد في الفقه القديم . ويمكن تركيز الحجج التي تعزز هذا الرأي على النحو الآتي :

١ - الحجة التقليدية التي تزعمها باتيفول . هي أن القانون الأجنبي يأخذ حكم الواقع من حيث المعاملة التي يلقاها . وبهذه المثابة لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع في تفسيره .

وقد مضت الإشارة . في دراسة مسألة الاثبات . إلى أن موجة فقهية حديثة تقاوم هذا النظر . وترى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته الأصلية

(١) ليفي أولمان . دروس في القانون الدولي الخاص ١٩٣٤ - ١٩٣٥ ص ١١٦ .
مشار إليه في مؤلف حمد زكي القانون الدولي الخاص المصري الطبعة الأولى فقرة ١٦٩ .
(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة تقرير موري المشار إليه سابقاً - المناقشات التي دارت على ضوءه - مارتى . انتفرقة بين القانون والواقع ، رسالة إلى تولوز سنة ١٩٢٩ - ليوله « رقابة المحاكم العليا على تطبيق القوانين الأجنبية » : منشور في مجموعة محاضرات أكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة ١٩٣٦ ، القسم الثالث ص ٢٩٥ - زاجي ، الرسالة المشار إليها سابقاً - جليليانو « معاملة القانون الأجنبي المنشور في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول - موتولسكي المقال المشار إليه المنشور في دراسات موري الجزء الأول ١٩٦٠ ص ٣٣٧

وأنظر أيضاً فرانسكاكي دالوز الأسبوع يناير ١٩٦٣ العدد الثالث « القانون الأجنبي ومحكمة النقض » - نقض مدق في ٢ مارس ١٩٦٠ . منشور بالمجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص نفس السنة ص ٩٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٣٨ ، والنظرات الفلسفية في القانون الدولي الخاص ص ١٠٨ - سافاتييه « القانون الدولي الخاص » فقرة ٢٢٥ - ليروبور بيجونير ولوسوران موجز دالوز فقرة ٣١٥

ما دامت قاعدة الاسناد الوطنية قد أشارت بتطبيقه (١) .

ويشير البعض (٢) إلى وجوب إقصاء فكرة مساواة القانون الأجنبي بالواقع . ويرى مواجهة مشكلة رقابة النقض من زاوية أخرى ، وهى أساس تطبيق القانون الأجنبي .

فهناك من يقول إن قواعد الاسناد الوطنية ما هى إلا قواعد دولية تتولى توزيع الاختصاص التشريعى بين الدول . وعلى هذا النحو لا تجوز التفرقة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبي عند التطبيق .

بينما يرى البعض الآخر أن تطبيق القانون الأجنبي هو قرار تأخذ به الدولة بكامل حريتها بقصد الوصول إلى تحقيق المصالح الخاصة على نحو أفضل . ومثل هذا التصوير لا يؤدى بالضرورة إلى التمييز فى المعاملة بين القانون الأجنبي والقانون الوطنى . بل لعل رعاية المصالح الخاصة تشير إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي بأفضل الشروط .

وعلى ضوء ما تقدم ينبغى قبول مبدأ رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي ، والتفرغ لبحث الشروط التى تباشر بها هذه الرقابة .

٢ - والحجة الثانية المشهورة فى رفض الرقابة هى أن المحكمة العليا قد أنشئت لتوفير وحدة تطبيق القانون الفرنسى وتحقيق التناسق فيه . أما الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي فهى مهمة مختلفة لم تنشأ محكمة النقض من أجلها (٣) .

ويرى الفقه الحديث تعارض هذا النظر مع الدور الذى ارتضته محكمة النقض لمهمتها . فالواقع أنها استطاعت مع مضي الزمن أن تصنع لنفسها

(١) راجع ماتقدم فقرة ١٧ فى دراسة ملعب باتيفول والاشارة إلى الفقه المعارض له .

(٢) أنظر فرانسكاكى المقال المشار اليه ص ٩ .

(٣) باتيفول المراجع المشار اليه سابقاً .

اختصاصاً أوسع من النصوص ، حتى قيل بأنها خلقت عرفاً شرعياً فتنع لها اتفاقاً جديدة خارج دائرة التشريع (١) .

وبذلك يمكن القول إنه ليس هناك ما يمنع في النصوص أو في روحها ، من أن تعترف محكمة النقض بمحكمة في الرقابة على تفسير القانون الأجنبي . ولن تقوم عقبة في هذا السبيل سوى تحريم صريح من جانب المشرع .

ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أن مشروع القانون المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً مانعاً لمحكمة النقض من رقابة تطبيق القانون الأجنبي . وانتصر في اللجنة في المراحل النهائية الرأي القائل بوجوب إلغائه ، وتم حذفه فعلاً (٢) .

وأجمعت التعليقات المعززة للحذف بأنه لا ينبغي وضع أية عقبة في طريق محكمة النقض ، إذا ما أرادت مستقبلاً أن تتطور بقضائها نحو تقرير الرقابة على تفسير القانون الأجنبي (٣) .

٣ - وفي سبيل الحرص أيضاً على هيئة محكمة النقض يعز على البعض أن تتورط في رقابة قد تعرضها للخطأ والانحراف في فهم القانون الأجنبي . وعندئذ تهتز سمعة المحكمة خاصة في الدولة التي أسيء تطبيق قانونها .

وفي تقديرنا أن المساس بسمعة الدولة قد يتحقق على نطاق أوسع إذا ما شاع عنها أن المحاكم الموضوعية تسيء تطبيق القوانين الأجنبية فيها دون رقيب عليها .

ولئن كان احتمال خطأ محكمة النقض موجوداً فهو غير مألوف بحكم كفاية قضائها . وفضلاً عن ذلك فإن التفسير الذي تنهى إليه يقتصر أثره

(١) أنظر مارتن الرسالة المشار إليها فقرة ٨٩ ، فرانسكاكي المقال السابق ص ١٠

(٢) أنظر مجلد « تقنين القانون الدولي الخاص » سنة ١٩٥٦ ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

(٣) راجع Zagon الرسالة المشار إليها سابقاً ص ٢٠١ - موري انتقير المشار إليه

على الاطار الوطنى فقط ، ولن يعد سابقة قضائية فى دولة القانون الأجنبى (١)

٤ - وقيل أيضاً بأن تقرير الرقابة يضيف إلى محكمة النقض أعباء جديدة لا تقدر عليها بالإضافة إلى القضايا المتركمة بصفة دائمة .

ويرد على ذلك بأن قضايا القانون الدولى الخاص ليست بالكثرة التى تبرر هذه الحشية إلى حد استبعاد مبدأ الرقابة (٢) .

٥ - وأثار البعض مشكلة التعرف على القانون الأجنبى والعلم بمضمونه مما يعقد مهمة الرقابة ويجعلها غير مأمونة .

ويغفل هذا الاعتراض اعتبارين أساسيين . أولهما هو انتشار مراكز دراسة القانون المقارن و ثراء فرنسا فى المعلومات عن القوانين الأجنبية . وثانيهما أن الخصوم والدفاع فى كل دعوى يقدمون مساعدات إجبابية فى سبيل التعرف على القانون الأجنبى ومضمونه (٣) .

ولا يجوز الاحتجاج هنا بأن الخصوم لا يتوافر لهم الضمان أمام محكمة النقض باعتبار أن قواعد الاجراءات تمنع استجوابهم عن المسائل الغامضة . وذلك أن قبول الطعن يترتب عليه إعادة الدعوى إلى محكمة الموضوع . وهى حرة فى اتخاذ ما يلزم صيانة لحقوق الدفاع .

٢٠ - محكمة النقض تقبل الرقابة عند مسح القانون الأجنبى أو تحريفه :

من خلال هذا الجو الصاخب فى الفقه الفرنسى فرضت محكمة النقض أخيراً الرقابة على تطبيق القانون الأجنبى إذا كانت المحكمة التى فصلت فى الدعوى فسرت هذا القانون تفسيراً أدى إلى مسحه وتحريفه Benaturation

(١) فرانكاكى المقال السابق ص ١٠ .

(٢) أنظر ملاحظات ليروبور بيجونير فى أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولى الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ - ص ١٢١ - فرانكاكى المقال السابق ص ١٠ .

(٣) تقرير مورى المشار اليه ص ١٠١ .

وبذلك استخدمت المحكمة سلطتها الواسعة التي مارسها من قبل في نقض الأحكام التي خرجت خروجاً ظاهراً عن مقتضى السندات المطروحة في الدعوى ، بأن تجاهلت معناها الواضح والمحدد إلى الحد الذي يتحرف به ويشوهه . وقد مارست هذه السلطة بوجه خاص في شأن العقود وسندات المرافعات .

وقد بدأت ملامح التغيير على موقف محكمة النقض في حكمها الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٥٨ (١) . وجاء فيه أنه لا مطعن على حكم محكمة الاستئناف ما دام لم يتحرف أو يشوه المستندات التي قدمت في الدعوى .

وفي ١٣ يونيو ١٩٦٠ (٢) ازداد موقف محكمة النقض وضوحاً عندما أكدت سيادة قاضي الموضوع في تفسير القانون الأجنبي ما دام تحريفه أو مسخه لم يكن موضع نزاع .

ثم أفصحت أخيراً عن موقفها الصريح بحكم مشهور صدر من الدوائر المدنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦١ (٣) . وفيه نقضت حكماً لمحكمة استئناف باريس . ونسبت إليه مسخ وتحريف النصوص الواردة في قانون بلجيكي ، والتي تحدد مدى التزام مستعمرة الكنجو بعد ضمها إلى بلجيكا سنة ١٩٠٧ ، بالالتزامات المالية التي عقدتها دولة الكنجو المستقلة .

ويعتبر هذا الحكم نقطة تحول هامة في مسلك محكمة النقض الفرنسية . وقد صادف القبول لدى جمهور الشراح رغم الخلاف الجوهري بينهم .

(١) أنظر المجلة الانتقادية لقانون الدول الخاص مع تعليق فرانسكاكي ١٩٥٩ ص ٣٠٢

(٢) دالوز الأسبوعي سنة ١٩٦٠ ص ٥٩٧ مع تعليق مالوري .

(٣) أنظر تعليق بيير لوى لوكا في مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٦٢ ، انقسم الثاني ، ص ١٢٥٢١ - وتعليق بول لاجارد في المجلة الانتقادية لقانون الدول الخاص سنة ١٩٦٢ ص ٣٢٩ . وراجع أيضاً مقال فرانسكاكي المشار إليه ، دالوز سنة ١٩٦٣ يناير الممد الثالث .

حول طبيعة القانون الأجنبي وأساس تطبيقه. وقد وصف البعض هذا القبول بأنه « لقاء الضمائر السيئة » (١) .

فالقائلون بأن القانون الأجنبي يأخذ حكم الواقعة رضوا بهذا المبدأ الجديد ، على أساس أن محكمة النقض عاملت القانون الأجنبي معاملة العقد . ومن المعلوم أن تحريف العقد من قاضي الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا .

والمؤمنون بأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية رحبوا بحكم محكمة النقض وهم يعقدون الرجاء على أن يكون بداية الطريق نحو رقابة شاملة على تفسير القانون الأجنبي .

وبعبارة أخرى يعتقد أصحاب المذهب الأول أن الخطوة التي اتخذتها محكمة النقض هي بمثابة وقاية من التورط في مزيد من رقابة التفسير . ويأمل أصحاب المذهب الثاني أن تكون هذه الخطوة الأولى نحو تقرير مبدأ الرقابة الصامة .

ونخشى البعض (٢) من تدخل محكمة النقض على النحو المتقدم بسبب دقة التفرقة بين رقابة التفسير . ورقابة المسخ أو التحريف .

بينما يبارك البعض الآخر هذه الصعوبة . ويرى فيها الوسيلة الملائمة لتمكين محكمة النقض من فرض رقابة تقديرية في المراحل الأولى على الأقل للتجربة الجديدة التي تجتازها (٣) . إذ تستطيع المحكمة أن ترسم حدود الرقابة بالقبول أو الرفض وفقاً لمعيار التفرقة المرن بين التحريف ومجرد التفسير .

وتظهر جدوى الرقابة الجديدة بوجه خاص في حالتين :

-
- (١) بول لاجارد التعليق السابق ص ٣٣٣ .
 - (٢) بول لاجارد نفس الإشارة . وهو ينتقد هذا الحكم على أساس أنه يتجاوز فكرة التحريف إلى التفسير . وصعوبة التفرقة بينها على خلاف الأمر بالنسبة للعقد .
 - (٣) فرانسواكي مقال المشار إليه ص ١٤ .

١ - إذا وقعت محكمة الموضوع في خطأ جسيم عند تطبيق القانون الأجنبي (١). وخرجت خروجاً ظاهراً عن مقتضيات النص الواضح .

٢ - وكذلك أيضاً تلزم الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية المألوفة التطبيق في فرنسا . وواضح أن مثل هذه الرقابة تكون أكثر يسراً على المحكمة (٢) .

ومهما يكن من أمر فلعله قد اتضح أن مسألة رقابة محكمة النقض الفرنسية على تفسير القانون الأجنبي لا تزال في عنفوان تطورها . وأن الفقه والقضاء لم يقل كلمته الأخيرة فيها .

ونحن من ناحيتنا نرى ملامح تطور على نطاق أوسع في القضاء الفرنسي فن ناحية نجد أن الرأي الغالب قد انتهى إلى حذف النص المقترح في مشروع القانون المدني ، والذي كان يقضى بعدم جواز الطعن في النقض بسبب يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي (٣) .

ومن ناحية أخرى يبدو لنا أن البدء برقابة المسخ والتحرير قد يغرى محكمة النقض إلى الاعتراف برقابة التفسير . نظراً لدقة التفرقة بينها في خصوص تطبيق القانون الأجنبي .

(١) راجع فرانسكاكي ، وقرب موتولسكي المقال السابق ص ٣٧٢ .

(٢) أنظر zajtay الرسالة المشار إليها ص ١٠٤ .

(٣) أنظر مشروع تقنين القانون الدولي الخاص باريس سنة ١٩٥٦ ص ١٤٩ .

١٢ - مقارنة وتقسيم :

الآن وقد فرغنا من فحص بعض النظم الأجنبية الرئيسية في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، لعل الوقت قد حان لأن نعالج هذه المشكلة في مصر والجمهورية العربية .

ويبدو لنا من المفيد أن نستهل النظر إلى الوضع عندنا بتأكيد الفكرة التي بدأنا بها هذا البحث ، وهي أنها لا نتردد في أن القانون الأجنبي عندما ينطبق أمام القضاء الوطني يظل محتفظاً بطبيعته القانونية . كما تبقى له صفته الأجنبية .

وهو يستند في سبب تطبيقه . ويستمد قوة إجباره من قواعد الاسناد الوطنية التي تشير على القاضي الوطني بأن يحكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي . ومما هو جدير بالذكر أن قواعد الاسناد المصرية معظمها من القواعد التشريعية . وفي الحالات التي لم يتعرض لها المشرع . أشار على القاضي باختيار القانون الواجب وفقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص (المادة ٢٤ مدنى) . ومعنى ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي يكون دائماً بأمر من المشرع الوطني وفقاً لقواعد الاسناد التشريعية . أو قواعد الاسناد الاجتهادية التي يستلهمها القاضي من مبادئ القانون الدولي الخاص .

ونحن نبرز هذه الحقيقة منذ البداية لتيسير عقد المقارنة مع بعض النظم الأجنبية التي فرغنا من دراستها . ونبادر باستبعاد النظام الانجليزى نظراً لطابعه الخاص سواء من حيث نظام التقاضى وإجراءاته . أو من حيث مصادر القانون في انجلترا . ونرى أن الحلول المتبعة هناك لا تصلح نموذجاً للاهتمام في النظم الأوروبية بوجه عام ، والنظام المصرى بوجه خاص .

فإذا ما انتقلنا إلى النظام الألماني وجدنا أن الحلول المتبعة في ألمانيا تنبع من إرادة المشرع وتتميد بها . إذ يتميز القانون الألماني بتقرير نصوص تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا على تفسيره .

ولسنا هنا في حاجة إلى التذكير بالقواعد الواردة في هذه النصوص . واكتفينا بنقع بالإشارة إلى أن الحل التشريعي ليس هو أفضل الحلول . فهو في بعض الأحيان مقيد بحرية القضاء في التطور ، وهو ما حدث في ألمانيا إذ أوجب القانون على قاضي الموضوع تطبيق القانون الأجنبي . من تلقاء نفسه ، وألزمه بالبحث عن مضمونه بكافة الطرق . ولكنه وقف في منتصف الطريق ومنع المحكمة العليا من رقابة تفسير القواعد القانونية الأجنبية . وفي تقديرنا أنه إذا لم يوجد هذا القيد التشريعي ، فإن المحكمة العليا الألمانية ما كانت تتردد في تقرير سلطة الرقابة . ودليل ذلك اعتبار النص المانع لها استثناء من القواعد العامة ، والامتناع عن القياس عليه ، والتسليم بالرقابة على محاكم العمل حيث لا يوجد مثل هذا القيد القاصر على الدعاوى المدنية فقط (١) .

أما النظام الإيطالي فنجد في الحلول القضائية فيه تأثيراً واضحاً للاتجاه الشائع في الفقه الإيطالي إلى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، بل واكتسابه الصفة الوطنية وفقاً لنظريات الاستقبال الموضوعي أو الشكلية على حد سواء .

ومن خلال هذا النظر انتهى القضاء إلى إلزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وبالبحث عن مضمونه . ومصدر هذا الالتزام هو الأمر الوارد في قاعدة الاسناد الوطنية . وبذلك يكتسب القانون الأجنبي قوة الإلزام من الدولة التي يحكم القاضي باسمها (٢) .

(١) راجع ما تقدم في دراسة النظام الألماني فقرة ٨ وما بعدها .

(٢) أنظر مقال جيليانو المشار إليه سابقاً والمذكور في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٢ العدد الأول وراجع بصفة عامة في النظام الإيطالي - فقرة ١٣ وما بعدها .

ولإزاء ما تقدم لم نجد محكمة النقض حرجاً في فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي ، وساعدها على اتخاذ هذا الموقف عدم وجود عقبة تشريعية تقصر الرقابة على القواعد الوطنية كما هو الحال في ألمانيا كما لم تصادف التيارات الفقهية العنيفة التي أغرت القضاء الفرنسي باعتبار القانون الأجنبي في حكم الوقائع ومعاملته على هذا النحو .

فالنظام الفرنسي على النحو المفصل فيما تقدم^(١) يتأثر إلى حد بعيد بالاتجاه الفقهى الذى قاده باتيفول ، والذى يصير على إخضاع القانون الأجنبي لحكم الوقائع عند تطبيقه أمام القضاء الوطنى . هكذا ألقى قاضى الموضوع من واجب اثباته . وتخرجت محكمة النقض من فرض الرقابة على تفسيره مع تحول هام حديث في تقرير هذه الرقابة في حالة مسخ القانون الأجنبي أو تخريفه أمام قاضى الموضوع .

وبعد فليس من الجائز في نظرنا الاستسلام للحلول المتبعة أمام القضاء الفرنسى . إذ فضلاً عن تأثرها باتجاه فقهى محل نظر ، فإنها قد جاءت وليدة نظام لا يعرف قواعد إسناد تشريعية وطنية إلا في أضيق الحدود^(٢) . وإنما نجد معظم قواعد الاسناد الفرنسية عرفية واجتهادية . ومن هنا لم يشعر القضاء بواجب الخضوع لأمر المشرع الوطنى في تطبيق قواعد القانون الأجنبي .

وعلى ضوء ما تقدم كله ينبغي فحص المشكلة في مصر والجمهورية العربية . ويجب أن نراعى منذ البداية عدم وجود عقبات تشريعية تقيد حرية الفقه والقضاء في الأدلاء بالحلول الملائمة . كما هو الحال في النظام الألماني بالنسبة لقصر رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الوطنى فقط .

(١) أنظر ما تقدم في النظام الفرنسى فقرة ١٧ وما بعدها .

(٢) راجع Zajtay وضع القانون الأجنبي في القانون انبول الخاص رسالة إلى كلية حقوق

بباريس ١٩٥٨ ص ٦٠ .

ونلاحظ أيضاً أن قواعد الاسناد المصرية تستمد قوتها من أمر المشرع الوطني . وبالتالي ينطبق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني محتفظاً بطابعه القانوني وصفته الأجنبية ، وهو ما يكاد يتعد إجماع الفقه عليه . ومن هنا تحرر الوضع في مصر من العقبات الفقهية ومن تخلف قواعد الاسناد التشريعية وهي الاعتبارات التي تأثرت بها الحلول الفرنسية في معاملة القانون الأجنبي في حكم الوقائع .

فما يلي نبذل محاولة لرسم صورة عن موقف الفقه والقضاء من مسألة إثبات القانون الأجنبي ، ورقابة محكمة النقض على تفسيره . وعندئذ نلبي في خاتمة البحث بانجماها الخاص ، وبعض مقترحات عملية قد تسهم في تيسير العلم بالقانون الأجنبي والكشف عن مضمونه أمام القضاء .

(أولاً) إثبات القانون الأجنبي :

٢١ - موقف الفقه القديم :

اتخذ الفقه المصري القديم موقفاً واضحاً من إثبات القانون الأجنبي منذ زمن طويل . وانعقد الإجماع على احتفاظه بطبيعته القانونية ، وعلى التزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية . والتزامه أيضاً بالبحث عن مضمونه بكافة الوسائل .

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ أبو هيف (١) « وجوب تقيد القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كلما كان تطبيقه واجباً بنص صريح في القانون المصري أو بموجب قواعد القانون الدولي الخاص الواجب تطبيقها طبقاً للمادة ١١ (مدني مختلط) والمادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية . وإنه يكون دائماً من واجب القاضي أن يسعى بنفسه بكل وسيلة للوصول إلى معرفة القواعد المقررة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وأنه يكون للخصوم

(١) أنظر عبد الحميد أبو هيف « القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر » سنة ١٩٣٤
فقرة ٣٠٦ ، ٣٢٤ - راجع أيضاً الزبي المويز في القانون الدولي الخاص ٢٠٩ وما بعده

دائماً الحق في تسهيل مهمة القاضي . ولا يكون عليهم واجب اثبات القانون.
الأجنبي إلا في أحوال الضرورة » .

كما يقول أستاذنا حامد زكي « إن ... القاضي ملزم بتطبيق القانون.
الأجنبي بأمر من المشرع الوطني الذي يرى إلى تحقيق العدالة على وجهها
الأكمل . فالمشرع المصري يستبعد تطبيق القانون الوطني ويأمر بتطبيق
القانون الأجنبي بديلا عنه . وبذلك يعتبر في منزلة القانون المصري عند
تطبيقه ... » .

بالتالي يتعين على القاضي تطبيق القانون الأجنبي كلما أشارت بذلك
قواعد تنازع القوانين الوطنية وهو يطبقه من تلقاء نفسه حتى ولو سكت
الخصوم قصداً أو جهلا عن طلبه ... ومن المقرر أيضاً أن على القاضي عبء
بحث الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي . على أنه من المعتاد عملاً أن
يعاون صاحب المصلحة في الدعوى القضاء في تأدية هذه المهمة . والقاضي
غير ملزم بما يقدمون من وثائق . بل له الحق في الاعتماد على أبحاثه
الخاصة (١) .

ولعل فيما تقدم ما يكفي لتأكيد موقف الفقه المصري الرائد الذي
استقر ببصرة نافذة على الاحتفاظ للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية .
والزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عن قواعده . وإعطاء الخصوم
الحق في معاونة القاضي في هذا السبيل (٢) .

٢٢ - الفقه المصري المعاصر :

يكاد يتفق إجماع الفقه المصري المعاصر على احتفاظ القانون الأجنبي
بطبيعته القانونية . والزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه امتثالاً لقواعد

(١) أنظر حامد زكي القانون الدولي الخاص المصري الطبعة الأولى فقرة ١٦٦ وما بعده
راجع له أيضاً الأصول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٦ فقرة ١٠٨ وما بعدها .

(٢) ونحن نوافق أستاذنا حامد زكي على ما أوردناه في المتن ، فيما حدا اكتساب القانون
الأجنبي الصفة الوطنية إذ يفضل الإبقاء على صفته الأجنبية وتأسيس تطبيقه على شئنة قاعدته
الامتداد الوطنية .

الاسناد الوطنية ، ووجوب البحث عن مضمونه ، مع التسليم بحق الخصوم في معاونة القاضي .

ويمكن أن نلمس في هذا الاتجاه الشائع اختلافاً في النظر إلى صفة القانون الأجنبي . فالبعض يرى اندماجه في القانون الوطني واعتباره جزءاً منه في القضية التي يطبق فيها . وعلى القاضي أن يبحث عن قواعد القانون الأجنبي من تلقاء نفسه . وله أن يحكم وفقاً لعلمه الشخصي . ولا يجوز له الامتناع عن تطبيقه بدعوى عدم الأهتمام إلى قواعده (١) .

ويذهب البعض الآخر إلى أن القانون الأجنبي يخضع بطبيعته القانونية . وتبقى له أيضاً صفته الأجنبية . وهو ينطبق بأمر قاعدة الاسناد الوطنية . ويكون من واجب القاضي أن يسعى إلى التعرف على قواعد القانون الأجنبي (٢) .

ويرى جانب من الشراح أن الاتجاه الشائع ، رغم أنه يبدو معقولا ، إلا أنه لا يمكن الأخذ به . فكيف نلزم القاضي بالتعرف على أحكام القوانين الأجنبية دون اعطائه الوسيلة لتنفيذ هذا الالتزام . ولهذا يقتصر التزام القاضي على مطالبة الخصوم بإثبات حكم القانون الأجنبي . فإذا طلب هذا الإثبات ولم يقدم إليه الدليل ، فلا يلتزم بالبحث بنفسه عن أحكام القانون الأجنبي . ومع ذلك فله الحق دائماً في التعرف عليها وتطبيقها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه ذلك . وإذا لم يستطع الوصول إلى نتيجة فالراجع عندئذ هو تطبيق قانون القاضي (٣) .

(١) أنظر السجوري الوسيط الجزء الثاني ص ٥٥ وما بعدها - الهداوي « أصول القانون المدني المقارن » ص ٩٩ وما بعدها - جابر جاد « تنازع القوانين سنة ١٩٥٩ ص ٦٠١ - قرب عبد المنعم الصده « الإثبات في المواد المدنية » ص ٢٧ وما بعدها - سليمان مرقس « أصول الإثبات » فقرة ١٩ .

(٢) أنظر عز الدين عبد الله الطيبة الثانية ص ٤٢٤ وما بعدها ، وخاصة ص ٤٢٩ - قرب كمال فهمي « أصول القانون الدولي الخاص » فقرة ٣٦١ .

(٣) منصور مصطفى منصور « مذكرات في القانون الدولي الخاص » تنازع القوانين ص ١٦٠ وما بعدها - ويتفق هذا الرأي مع اتجاهات ليرويور بيجونير كما أدلى بها في أقواله المنشورة في أعمال اللجنة الفرنسية لقانون الدولي الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

وهناك اتجاه آخر يقرر في صراحة اعتبار القانون الأجنبي واقعة .
وهي من قبيل الوقائع العامة التي لا جناح على القاضي في أن يبحث عنها إن شاء . ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن ما دام علمه مطابقاً للحقيقة .
فإن لم يطمئن إلى نتائج بحثه وجب على الانحصار إقتناعه . فإن لم يستطيعوا
جازه اعتبار هذه الحالة من الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي . وقد
يرى تطبيق القانون المصري على أساس أن هذا هو ما تقضى به العدالة .

والفكرة التي تقوم هذا الرأي هي أن القاضي لا يفترض فيه علم قانون
غير دولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق قانون أجنبي .
فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة (١) .

هذه هي الاتجاهات الرئيسية في الفقه المصري في مسألة إثبات القانون
الأجنبي . ونرجى اتخاذ موقف منها إلى خاتمة البحث حيث نلبي باتجاهنا
الخاص . وهو الذي مهدنا له بإيماننا أن القانون الأجنبي الذي ينطبق بأمر
من قاعدة الاسناد الوطنية يحتفظ بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية . ومن
ثم ينحصر إثباته لحكم القانون مع التسليم بحق الخصوم في تقديم المعونة ،
ووجوب توفير الوسائل العملية لتيسير علم القاضي به .

٢٣ - موقف القضاء من مسألة الإثبات :

جرى القضاء المختلط قديماً في مصر على أنه لا يصح لخصم التمسك أمام
المحاكم المختلطة بقانون أجنبي إلا إذا أمكنه أن يثبت وجوده وبروز
نصوصه (٢) .

وانتهجت محكمة النقض في حكم لها صادر في ٧ يولي ١٩٥٥ (٣) إلى أن
التمسك بتشريع أجنبي أمامها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة

(١) عبد الباسط جيمي ، نظام الإثبات في القانون المدني المصري ، ص ٥٥

(٢) راجع عبد الحميد أبو هيف ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٣ - وأنظر استئناف
مختلط ٢٤ مايو ١٩٣٣ المجموعة ٤٥ ص ٢٩٧

(٣) مجموعة النقض للمنفى السنة السادسة رقم ١٨٢

الدليل عليها . ولا يغنى في إثباتها الصورة العرفية التي استند اليها الطاعنان بملف الطعن ما دام أن الطاعنين لم يقدموا صورة رسمية لهذا التشريع الأجنبي بملف الطعن ولا ترجمة رسمية له .

ويستفاد من هذا الحكم أن على من يتمسك بحكم التشريع الأجنبي تقديم دليل رسمي لاثبات هذا التشريع .

وهكذا اتخذت محكمة النقض موقفاً معارضاً للفقهاء الشائع في مصر . وهو حكم فيما يبدو لنا لا يعبر عن قضاء مستقر . بل إن أحكام المحكمة العليا المتكررة في فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه ، تنافي ما انفردت بتقريره في الحكم المتقدم .

فقد استقر قضاؤها السابق على رقابة محكمة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره (١) . وهو ما يفترض بداهة التصدي للبحث عن مضمون قواعده والتعرف عليها ، حتى يتسنى لها إعمال الرقابة على الوجه السليم ، وسنعود إلى بعض هذه الأحكام عند دراسة رقابة محكمة النقض بصفة عامة .

بل وإن القضاء اللاحق على الحكم المتقدم أكد مرة أخرى عزم محكمة النقض على المضي في رقابة محكمة الموضوع عند تطبيق القانون الأجنبي . ففي حكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٥٦ (٢) نقضت الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق قواعد الميراث في القانون المدني الإيطالي . وتصدت للبحث عن النصوص الإيطالية الواجبة التطبيق على النزاع .

ومن أجل هذا نأمل في اعتبار حكم ٧ يوليو ١٩٥٥ سابقة منفردة ينبغي العدول عنها صراحة عند إتاحة الفرصة المستقبلية لمحكمة النقض .

(١) نقض مدني (أحوال شخصية) ٨ يناير ١٩٥٣ السنة الرابعة رقم ٥٠ ، ١٠ يونية سنة ١٩٥٤ السنة الخامسة رقم ١٤٦ - ١٠ مارس ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٠٨
(٢) نقض مدني السنة السابعة رقم ١٣

(ثانيا) رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبى :

٢٤ - اتجاه الفقه الى رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبى :

استقر الاتجاه الشائع فى الفقه المصرى على أن تعتبر كلمة « القانون » شاملة للقوانين الأجنبية ، وأن تقبل الطعون فى الأحكام المخالفة لها والحاكمة فى تطبيقها أو فى تأويلها (١) .

والفكرة الرئيسية التى تحكم هذا الاتجاه هى أن القانون الأجنبى يحفظ بطبيعته القانونية . وهو ينطبق بأمر من المشرع الوطنى . وبالتالي لا يصح تجريد من ضمان السلامة فى التطبيق بتوفير رقابة محكمة النقض .

على أن جانباً من الفقه المصرى يتأثر بالفكرة التى راجت فى فرنسا وهى أن مهمة محكمة النقض قاصرة على توحيد قواعد القانون الوطنى وتحقيق التناسق بينها .

فيقول البعض إنه ليس من وظيفة محكمة النقض تثبيت القضاء وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فى القوانين الأجنبية . وإن لفظ القانون يقصد به فى صدد الطعن بالنقض القانون المصرى فقط . وفضلا عن ذلك فإن فرض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبى يثير صعوبات كثيرة أمام محكمة النقض (٢) .

ويضيف البعض الآخر فى نفس المعنى أن القانون الأجنبى لا يصدر ولا ينشر فى بلد القاضى . الأمر الذى يجعل تحقيق الرقابة منظوريا على استحالة

(١) أنظر حمده فهمى ومحمد حامد فهمى « النقض فى المواد المدنية والتجارية » فقرة ٢٨ وأنظر محمد حامد فهمى « المرافعات المدنية والتجارية » طبعة ١٩٤٠ فقرة ٧٤٩ وهو يقول أن القانون يشمل (القوانين الأجنبية كلما أحل عليها القانون المصرى وأوجب العمل بها) .

وراجع أيضاً السهوى الوسيط الجزء الثانى ص ٥٥ - البدرأوى المرجع السابق ص ٩٩ - الصده المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها - وفى فقه القانون الدولى جابر جاد ص ٦٢٩ - منصور مصطفى منصور ص ١٦٢ وما بعدها .

(٢) عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٢٢ .

مادية . وتحقيق الرقابة على كافة قوانين الدول المختلفة غاية تقتصر عنها طاقة
أى محكمة وطنية (١) .

وواضح من هذا الاتجاه أنه يرفض مبدأ الرقابة إيماناً منه بأن مهمة
محكمة النقض قاصرة على توفير سلامة تطبيق القانون الوطنى ، واتقاء
للمصوبات العملية والأعباء التى تواجهها عند التسليم برقابتها على تطبيق القانون
الأجنبى وتفسيره . وهى الاعتبارات التقليدية التى ساقها بعض الفقه الفرنسى
وتأثرت بها محكمة النقض الفرنسية (٢) .

ويضيف هذا رأى أن لمحكمة النقض الرقابة على تسيب الحكم ولها أن
تلغيه بناء على القصور فى التسيب . وعلى هذا النحو فهى عن طريق التشديد
فى هذه الرقابة ، تستطيع توفير رقابة غير مباشرة على ما ترك لتقدير قاضى
الموضوع .

٢٥ - محكمة النقض تقر مبدأ الرقابة على تفسير القانون الأجنبى :

انتهت محكمة النقض إلى تقرير مبدأ الرقابة على تفسير القانون الأجنبى
فى حكمها الصادر فى ٨ يناير ١٩٥٣ (٣) . وقد نقضت الحكم المطعون فيه
لخطأ فى تطبيق القانون الفرنسى . على أساس أنه قضى بالطلاق بين فرنسين
استناداً إلى مذكرات وخطابات متبادلة بين الزوجة والغير . وكانت الزوجة
قد تمسكت بعدم قبول هذه المهررات كدليل فى الدعوى لحصول الزوج
عليها بطريق السرقة ، ولأن القانون الفرنسى لا يجز التمسك بها إلا إذا كان
الحصول عليها بطريق مشروع . ولما كان الذى قاله الحكم يخالف
ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا . فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق
القانون .

وفى تقديرنا أن هذا الحكم يعبر عن موقف صريح من جانب محكمة
النقض فى تقرير الرقابة على قضاء الموضوع فى تفسير القانون الأجنبى .

(١) محمد كمال فهى المرجع السابق فقرة ٣٦٤ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١٧ فى التعليق على هذه الحجج .

(٣) مجموعة النقض المدنى السنة الرابعة رقم ٥٠ ، ص ٣٤٩

فهي تصدرت للبحث عن موقف الفقه والقضاء من حكم المستندات المسروقة كدليل لإثبات في الدعوى ، ونعت على محكمة الموضوع خطأها في الاعتداد بدليل على خلاف ما هو مقرر في القانون الواجب التطبيق (١) .

ومضت محكمة النقض في تأكيد العزم على هذا الاتجاه . فقضت في ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ بنقض الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق القانون الفرنسي أيضاً . ونسبت إليه القضاء على خلاف نص المادة ٢٣٩ مدني فرنسي الذي يقضى بعدم جواز الجمع بين الطلاق والانفصال الجسائي في طلب واحد . وكانت المحكمة قد حكمت للزوجة بالطلاق بالرغم من أنها تقدمت في نفس الوقت بطلب الانفصال الجسائي بصفة احتياطية (٢) .

وسار قضاء محكمة النقض اللاحق على النهج المتقدم . فتصدت المحكمة لفحص قواعد القانون الأجنبي والتأكد من سلامة تطبيقه وتفسيره أمام محكمة الموضوع . ورفضت غير القليل من الطعون لأن الأحكام المطعون فيها طبقت نصوص القانون الأجنبي تطبيقاً سليماً (٣) .

(ثالثاً) الاتجاهات المختارة — خاتمة .

٢٦ - تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي .

رسمنا صورة عامة لموقف بعض النظم الأجنبية الرئيسية من إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره . ومن خلال هذا النظر عالجنا المشكلة في الفقه المصري القديم والحديث ، وأمام القضاء .

(١) قارن عز الدين عبد الله وكال فهمي المراجع السابقة . وهما يتفقان في تأصيل قبول انطمن بالنقض على أساس القصور في التسبيب .

(٢) مجموعة النقض السنة الخامسة رقم ٦٣ ، ص ٤٢٦ - أنظر أيضاً حكم ١٩ يناير ١٩٥٦ السنة السابعة رقم ١٣ ص ١٠٩ ، المشار إليه سابقاً . وقد نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه خطأ في تطبيق قواعد الميراث في القانون المدني الإيطالي .

(٣) أنظر نقض مدني ١٠ يونيو ١٩٥٤ السنة الخامسة رقم ١٤٦ ص ٩٥٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ السنة السادسة رقم ١٠٨ ص ٨٣١ .

ويبدو لنا أن الوقت قد حان للفقه أن يترك الجدل الصاخب حول طبيعة القانون الأجنبي وصفته ، وأن تنصرف العناية الى البحث عن أفضل الوسائل وأكثرها إيجابية للتعرف على القانون الأجنبي ، وتمكين القاضى من العلم به ، والتيسير على محكمة النقض في مهمة الرقابة على تفسيره .

وقبل أن نضغ للدلاء ببعض المقترحات في هذا الصدد نؤكد مرة أخيرة ، وهو ما قلناه في مطلع هذا البحث ، أن القانون الأجنبي يستمد قوة الاجبار من قاعدة الأسناد الوطنية . وقد أشار المشرع المصرى على القاضى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطنى وفقاً لضوابط إسناد تشريعي محددة . ومنحه سلطة الاجتهاد وفقاً لمبادئ القانون الدولى الخاص عند تخلف النص التشريعى (المادة ٢٤ مدنى) .

ولا نرى داعياً لترديد الخلاف الفقهي الصاخب الذى ثار في فرنسا ، أو التأثير بصداه . وذلك أن قواعد الأسناد الفرنسية معظمها من صنع العرف أو الاجتهاد (١) .

وينبغي استقبال القانون الأجنبي في ساحة القضاء الوطنى بأمر من المشرع الوطنى (٢) . ويجب الإبقاء على طبيعته القانونية ، والاحتفاظ له بصفته الأجنبية . وما دونا نسلم بهذا النظر . فان مسألة إثبات القانون الأجنبي ورقابة محكمة النقض على تفسيره يسهل البت فيها .

٢٧ - إثبات القانون الاجنبى التزام قانونى على عاتق القاضى بمعاونة المقصود :

فبالنسبة لإثبات القانون الأجنبي لا نتردد تأييداً للفقه المصرى الراجع ، في إلزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وتكليفه بالبحث عنه والتعرف على مضمونه بكافة الوسائل الممكنة .

(١) راجع Zajaty المرجع السابق ص ٦٠ .

(٢) أنظر موتولسكى المقال المشار اليه والمفتشور في دراسات مودى الجزء الأول

وفي هذا الصدد ليس ثمة ما يمنع القاضي من طلب المعاونة من الخصوم ، أسوة بما ينبع عملاً في الكشف عن القواعد العرفية حديثة النشأة . ولم يكن ذلك سبباً في نفي صفة القانون عن القاعدة العرفية (١) .

والمشاهد عملاً أن كل قاعدة قانونية غير تشريعية ، وما دامت لم تنشر في الجريدة الرسمية ، يتعذر العلم بها . ومع ذلك لا يجوز القول بصدها بعدم إلزام القاضي بتطبيقها أو العلم بها .

بل وفي نظرنا إن مواجهة الأمر بصراحة يكشف عن حقيقة نشدها كل يوم في المحاكم ، وهي أن الخصم يشترك في الكشف عن مضمون قواعد القانون الوطني وتفسيره . ويقدم الاستشارات القانونية في هذا الشأن .

وهكذا يبدو لنا إن معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقع هو استسلام للصعوبات العملية وخضوع لها دون مقاومة .

وفي تقديرنا أن تقريب القاعدة العرفية من القانون الأجنبي يجمعه فكرة مشتركة : هي غياب السند الرسمي المكتوب .

ومن هنا شاعت العقبات العملية أن تجمع بينها . فكما يسهم الخصوم في إثبات القاعدة العرفية وعناصر تكوينها . فكذلك أيضاً تحكم الظروف على القاضي أن يستمع للخصوم وأن يلجأ إليهم لجمع المعلومات عن القانون الأجنبي ومضمونه . وهذا كله لا ينفي عن أي منهما صفة القانون التي اكتسبها بأمر من المشرع الوطني .

ولا يصح في تقديرنا تشبيه العقد بالقانون الأجنبي (٢) واعتبار الاثنين

(١) أنظر جيني «متيج التفسير ومصادره في القانون الخاص الوضعي» الجزء الأول الطبعة الأولى ص ٣٥٣ - بيدان ولاجارد وبيرو الجزء التاسع فقرة ١١٤٤ - مطول بلانويل وريبير الجزء السابع فقرة ١٤٠٩ .

(٢) جوليو دي لامورانديير مشار إليه في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٤٨ - ١٩٥٢ ص ١٠٨ - قرب عبد الباسط عيسى «نظام الاتبات» ص ٥٥ .

واقعة لا يلتزم القاضي بالبحث عنها . فالعقد قانون خاص يحكم مركزاً معيناً وبالذات وأخصاً محددين . كما أن مضمون العقد يتحدد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين والظروف الواقعية الملائمة للتعاقد . وهذا كله لا يمكن للقاضي الوصول إليه إلا بوقائع ومستندات يتعين على المتعاقدين تحمل عبء إثباتها أما القانون الأجنبي فيتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة يمكن للقاضي أن يتوصل إلى التعرف عليها بالوسائل العلمية المختلفة . ويستطيع الاستئناس بما يقدم الخصوم من وثائق ومستندات مجدية في العلم بالقواعد الواجبة التطبيق .

وعلى هذا النحو نخلص الى القول بأن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية : وأنه يلتزم بالبحث عنه بكافة وسائل العلم الممكنة ، وأن اشراك الخصوم في الاثبات مع القاضي هو أمر يستجيب إلى ما هو متبع أمام القضاء في شأن كافة القواعد القانونية غير التشريعية ، وبصفة خاصة أسوة بما جرى عليه العمل بالنسبة للقواعد القانونية العرفية .

ومن أجل هذا فنحن لا نقر محكمة النقض على ما ذهبت اليه من اعتبار التمسك بتشريع أجنبي أمامها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها بدليل رضى (١) .

فان هذا الحكم فضلاً عن مخالفته للطبيعة القانونية للقانون الأجنبي على النحو المتقدم بيانه ، يتعارض مع الاتجاه المستقر أمام محكمة النقض في فرض الرقابة على قضاء الموضوع عند الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره (٢) .

وعندئذ ينبغي توجيه الجهد نحو توفير وسائل العلم بالقانون الأجنبي ، والقضاء على العقبات العملية التي كانت الباعث الحقيقي على إنكار طبيعته القانونية واعتباره في حكم الواقع من حيث الاثبات .

(١) راجع نقض ٧ يولي ١٩٥٥ ، مجموعة النقض المذلى السنة السادسة رقم ١٨٢ انساب .
الإشارة اليه .

(٢) أنظر ما تقدم فقرة ٢٥ .

٢٨ - تأييد ولاية محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي :

وكذلك لا نتردد أيضاً في تأييد الاتجاه الغالب في الفقه المصرى الذى يقر رقابة محكمة النقض على سلامة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره أمام القضاء .

ونحن نحيل بصفة خاصة في المبررات التى تسند هذه الرقابة ، وفي الرد على الحجج المعارضة إلى دراستنا للنظام الفرنسى (١) .
ونبرز هنا بصفة خاصة الملاحظات الآتية :

١ - لا يصح الامتناع عن تقرير مبدأ الرقابة تأثيراً بالحجة التقليدية التى تقصر وظيفة محكمة النقض على توفير وحدة القانون الوطنى وتناسقه .
وهى التى قال بها بعض الفقه الفرنسى والمصرى على النحو المتقدم بيانه (٢)

إذ الواقع أنه ليس في نصوص التشريع ما يفيد تصريحاً أو تلميحاً
اقتصار لفظ القانون في خصوص الطعن بالنقض على القوانين الوطنية فقط
وما دمنا نسلم بأن القانون الأجنبي يظل محتفظاً بطبيعته فاننا لانجد إذن
أية عبة تشريعية في سبيل إخضاع تطبيقه لرقابة محكمة النقض .

بل وإن محكمة النقض : كما قال بحق بعض الفقه الفرنسى . قد صنعت
لنفسها اختصاصاً شرعياً خارج دائرة النصوص ودون أن تخالفها . وهى
وحدها القادرة على مثل هذا العمل بوصفها قمة للتنظيم القضائى ، وحامية للعدل
في الجماعة في إطار القانون الخاص (٣) .

وفضلاً عن ذلك فان هيئة القضاء الوطنى وسلامة سمعته خارج حدود
البلاد تقتضى حرمان قضاة الموضوع من السلطان المطلق في تطبيق القانون

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٩

(٢) راجع ما سبق فقرة ١٩ و ٢٤

(٣) أنظر فرانسكاكى المقال المشار اليه دالوز يناير ١٩٦٣ العدد الثالث .

الأجنبي وتفسيره . وإلا ترتب على ذلك تناقض وتعارض في الأحكام
قد يؤدي إلى اهتزاز ثقة الخصوم بالقضاء .

وتستطيع المحكمة العليا دون غيرها أن تقضى على هذا التضارب وأن تحقق
التناسق في مواضع الخلاف .

بل وإن الامتناع عن رقابة تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره قد يكون
أخطر شأنًا إذا كان الحكم قد فسر هذا القانون تفسيراً أدى إلى مسخه
وتحريفه . ومن قبيل ذلك أن يخرج خروجاً ظاهراً عن مقتضيات النص
الواضح . وعندئذ نصير الرقابة ضرورة ملحة هو ما يسلم به القضاء الفرنسي
الحديث . ويرى البعض فيه تسوية في المعاملة التي يلقاها العقد (١) .

وفيما يبدو لنا أن رقابة تحريف القانون الأجنبي تقود إلى رقابة التفسير
إذ ليس من اليسر التمييز بينها على خلاف الحال في شأن العقد .

وأياً ما كان الأمر فقد اتسع نطاق الرقابة التي فرضتها محكمة النقض
المصرية . وشملت الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو في تأويله على النحو
السابق بيانه (٢) .

٢ - لا يجوز الاستسلام للصعوبات العملية والاعباء الجديدة التي قد
تواجهها محكمة النقض بسبب تقرير الرقابة .

إذا ما سلمنا بالتزام قاضي الموضوع بإثبات القانون الأجنبي والبحث
عنه . فالأولى أن تتحمل محكمة النقض عناء هذا البحث أيضاً وهي تفرض
رقابتها . وبعد فقضائها أكثر خبرة وأوسع فرصة في تهيئة وسائل العلم بالقانون
الأجنبي والكشف عن مضمونه .

(١) ما تقدمقرة ٢٠

(٢) ما تقدمقرة ٢٥

ومن ناحية أخرى ، يجب ألا تتأثر هذه الحججة التي ردها أحد كبار فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا (١) . فالمشاهد من مجموعات قضاء محكمة النقض في مصر ، من خلال تجربة الرقابة التي فرضتها ، أن القضايا لم تترك عليها إلى الحد المتذر بالقلق .

وهكذا ينحصر البحث في وجوب توفير وسائل عملية وإيجابية لتيسير العلم بالقانون الأجنبي أمام القضاء .

٣ - وأخيراً لا نرى الاكتفاء بتشديد الرقابة على تسبيب الأحكام الموضوعية ، والاقتصار عليها بديلاً عن رقابة التفسير (٢) .

إذ مثل هذه الرقابة تحصر سلطان المحكمة في نقض الحكم لقصور في البيان وهو ما يقيد تقديرها في نطاق الأوراق والمستندات المقدمة تدليلاً على مضمون القانون الأجنبي .

بينما يبدو لنا أن مبدأ رقابة التفسير ، يطلق حرية المحكمة في البحث عن مضمون القانون الأجنبي بالوسائل التي تراها ، ويكفل لها فحص مدى سلامة التطبيق أو التفسير الذي أخذ به قضاء الموضوع .

وبعد فإن التجربة التي قادتها محكمة النقض في هدوء واتزان في السنوات القليلة الماضية لم تسفر بأي حال عن علامة من علامات الخطر التي أثارَت خشية بعض الشراح .

وما دامت المحكمة قد ارتضت لنفسها هذا الدور ، فأننا نقرها عليه ونباركه . بل ونطالب بتعزيز نجاحه ، عن طريق توفير الوسائل الإيجابية لتمكين القاضى من العلم بالقانون الأجنبي .

(١) راجع أقوال ليروبور ببجونيير أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص المنشور
بها ص ١٢٧
(٢) أنظر عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ١٥٦ ص ٤٣٤ وما بعدها - كمال فهمي
ص ٣٩٧ هامش ١ .

هكذا إذن يجب على قاضي الموضوع البحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه
وعلى محكمة النقض أن تراقبه في سلامة التطبيق وسلامة التفسير .

ومن أجل تحقيق قضاء عادل ، وفي سبيل تيسير مهمة القضاة يجب على
الفقه أن يصرف النظر عن الطابع الفقهي للمشكلة ، وأن يبذل الجهد
في اقتراح وسائل العلم المحدية للتعرف على القانون الأجنبي .

٢٩ - بعض مقترحات لتوفير العلم بالقانون الأجنبي .

لا يكفي في تقديرنا ترك القاضي وحده بحمل عبء إثبات القانون
الأجنبي والبحث عنه بوسائله الخاصة . فثل هذا الجهد غير مأمون العاقبة
في الوصول إلى علم صادق بقواعد هذا القانون .

ولا ينبغي أيضاً تراخي القاضي واعتماده على ما يقدم الخصوم من
مستندات ووثائق لإثبات ، ومن قبيل ذلك الشهادات الرسمية الصادرة عن
الهيئات القنصلية والدبلوماسية ، أو الفتاوى القانونية التي يقدمها المتخصصون
في القانون . إذ قد يخشى أحياناً أن تكون هذه الوثائق متأثرة بمصلحة الخصم
قاصرة على ما يحقق له النفع في النزاع المطروح أمام المحكمة .

ويزداد الأمر أهمية في الجمهورية العربية بعد أن اتسعت صلاحتها مع دول
أفريقية وأسيوية حديثة النشأة .

ومن أجل هذا يبدو لنا وجوب تيسير العلم بالقوانين الأجنبية بمجهود
رسمي تبذله الدولة من ناحية ، وتعاون على نطاق دولي أو أقليمي من ناحية
أخرى (١) .

(١) أنظر في ذلك بصفة خاصة تقرير ريني دافيد المقدم إلى وزارة العدل والتعليم في
فرنسا ، منشور في المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٦٣ العدد الثاني ص ٣٣١ ، وبصفة
خاصة ص ٣٢٦

١ - فبالنسبة لما ينبغي أن تبذله الدولة نرى أولاً لإنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل ، وتكون مهمته جمع كافة البيانات والمراجع عن مختلف القوانين الأجنبية ، خاصة القوانين الشائعة التطبيق . ويلحق به خبراء يختصون بتقديم المعلومات الرسمية عن القانون الأجنبي بناء على طلب القضاة أو أصحاب المصلحة .

بل وليس ثمة ما يمنع من استعارة النظام المتبع في إنجلترا ، على نحو ما قدمناه في مطلع بحثنا ، وإلزام الخبير بالمثل أمام المحكمة واستجوابه إذا رأى القاضي ضرورة ، لتدعيم علمه ببعض المسائل الغامضة أو المجهولة .

ولعله من المفيد أيضاً تعزيز هذا المركز المتقدم بجهاز ترجمة قادر ، للقضاء على العقبات اللغوية التي تعوق أحياناً التعرف الصادق على قواعد القانون الأجنبي .

وبجانب هذا التنظيم الرسمي ، نرى أن الوقت قد حان لأن تبني كليات الحقوق بجامعة الجمهورية العربية المتحدة مشروع إنشاء معهد للقانون المقارن . وعلى ضوء تجربة الدول الأجنبية وخبرتها ، وبإشراف نخبة متخصصة من أساتذة الجامعات ، يمكن لمثل هذا المعهد إسداء خدمات جليلة في التعريف بالقانون الأجنبي ، سواء عن طريق البحث والتدريس وتكوين القضاة الصالحين ، أو بواسطة المؤلفات العلمية التي يتولى إصدارها .

وينبغي على مثل هذا المعهد أن يوجه عناية خاصة لدراسة القوانين العربية والإفريقية والآسيوية . ومعظمها قوانين حديثة النشأة يستعصى على القاضي العلم بها في الكثير من الأحيان .

٢ - ومن الناحية الدولية يجب تقرير مزيد من التعاون بين الدول . ولعل أيسر الوسائل تحقيقاً ، هي عقد الاتفاقات الدولية الثنائية أو الجماعية ، والتي تتعهد فيها الدولة بتقديم المعلومات المطلوبة عن قانونها ، مقابل التزام الدول المتعاهدة بتلبية أى طلب في هذا الشأن .

ويبدو لنا أيضاً في هذا الصدد أن التألف القانوني في الاطار العربي يسر
عقد مثل هذه الاتفاقيات بين دول الجامعة العربية . بل إن الجامعة نفسها
يجب أن تقوم بدور فعال في تدعيم معهداها العالي للدراسات العربية ، وانشاء
مركز عربي تكون مهمته تعريف كل دولة عربية بقوانين الدول العربية
الأخرى بطريق رسمي .

وبعد فهذه بعض مقترحات نضعها موضع البحث والتقدير ونأمل أن تلقى
اهتمام شراح القانون والعاملين فيه .

وعندئذ تتوارى العقبات العملية التي تعوق العلم بالقانون الأجنبي .
وتستقيم المبادئ التي آمنّا بها خلال البحث . وهي التزام القاضي بالبحث
عن القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسه . وحتى محكمة النقض في الرقابة
على تفسيره .

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة بمطبعة
جامعة الاسكندرية ، في يوم الأربعاء ٢٨
من رجب سنة ١٣٨٨ هـ ، الموافق
٢ من ديسمبر سنة ١٩٦٨

مدير المطبعة
محمد يوسف البساطي

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

**PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE**

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

12ème ANNÉE, 1962 — 1963

Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1964